

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

**Nature juridique
de la responsabilité civile
des Médecins**

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Paulette SAHUT

Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY

MM. BÉCQUÉ, professeur, président.

MOYE, doyen honoraire

VIALLETON, professeur.

Assesseurs

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1937

**Nature juridique de la responsabilité civile
des médecins**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

**Nature juridique
de la responsabilité civile
des Médecins**

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Paulette SAHUT

Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY

MM. BECQUÉ, professeur, président.

MOYE, doyen honoraire

VIALLETON, professeur.

Assesseurs

MONTPELLIER

IMPRIMERIE MARI-LAVIT

1, Rue de Sauvages, 1

1937

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International
Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit Commercial.

ANTONELLI, Professeur d'Economie politique.

DELBEZ, Professeur de Droit Constitutionnel.

TISSET, Professeur d'Histoire du Droit.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

VALÉRY, Doyen honoraire, Correspondant de l'Institut.

BABY, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.

JURY

MM. BECQUÉ, professeur, président.

MOYE, Doyen Honoraire

VIALLETON, professeur.

Assesseurs

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Table des Matières

INTRODUCTION	7
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

La responsabilité médicale d'après la jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Chambre civile du 20 Mai 1936.	25
---	----

CHAPITRE I. Le Contrat Médical. 32

Section 1. Justification de son existence.. . . .	33
---	----

1. Les rapports entre médecin et malade ne sont pas des rapports de pure obligeance. 35
2. L'objet du contrat médical n'est pas hors du commerce. 38
3. L'objet du contrat médical n'est pas indéterminé. 42

Section 2. Nature du contrat médical.	43
---	----

1. Théorie du mandat. 44
2. Théorie du louage de services. 47
3. Théorie du louage d'ouvrage. 54
4. Théorie du contrat innommé.. . . . 59

Section 3. Situations en dehors du contrat médical.	60
---	----

1. Malade bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. 61
2. Médecin jouant le rôle d'un gérant d'affaire. 64

Section 4. Formation du contrat médical.	67
--	----

1. Le consentement du médecin. 67
2. Le consentement du malade. 69

Section 5. Cas exceptionnels de responsabilité rattachés dès avant 1936 au contrat médical.	74
---	----

1. Le refus des soins promis. 75
2. L'abandon de malade en cours de traitement. 77

CHAPITRE II. Caractère généralement délictuel reconnu avant 1936 à la responsabilité civile des médecins. 82

Section 1. Responsabilité civile du médecin en raison de son fait personnel.	85
--	----

1. L'erreur de diagnostic. 86
2. La rédaction des certificats. 89
3. L'expérimentation. 92
4. La chirurgie générale. 95

Section 2. Responsabilité civile du médecin en raison du fait d'autrui.	98
1. Responsabilité du fait des aides.	99
2. Responsabilité du fait des remplaçants	103
Section 3. Responsabilité civile du médecin en raison du fait des choses.	105

DEUXIÈME PARTIE

Etude critique de l'arrêt de la Chambre civile du 20 Mai 1936..	117
<i>CHAPITRE I. Essor du concept contractuel et responsabilité médicale.</i>	122
Section 1. Le mouvement de substitution du point de vue contractuel à la position délictuelle.	124
Section 2. Sa manifestation en matière de responsabilité médicale..	133
<i>CHAPITRE. II Examen de l'arrêt du 20 mai 1936.</i>	146
Section 1. Les faits de l'espèce.	146
Section 2. L'exposé du Conseiller rapporteur.	153
Section 3. Les conclusions du Procureur Général près la Cour de Cassation.	161
Section 4. Etude de l'arrêt lui-même.	174
<i>CHAPITRE. III Recherche des conséquences du caractère exclusivement contractuel [reconnue à la responsabilité médicale.</i>	184
Section 1. Prescription de l'action en responsabilité.	185
Section 2. Règles de compétence.	189
Section 3. Conventions d'irresponsabilité.	192
Section 4. Quantum des dommages.	196
Section 5. Charge de la preuve.	197
Conclusion.. . . .	203
Bibliographie.	211

Introduction

« L'art le plus grand, a dit Goethe, est de savoir se tracer une limite et de s'isoler ». Lorsque nous avons choisi le sujet de notre étude, nous nous sommes rendu compte de son immensité. Le droit médical touche à tellement de questions, régit des points si différents qu'il constitue une science en lui-même. En y choisissant le sujet de notre thèse, il fallait prendre soin dès l'abord de le délimiter, les questions de responsabilité étant, de plus, toujours très vastes.

Nous n'étudierons ici que la responsabilité civile des médecins, laissant de côté leur responsabilité pénale jusqu'autant du moins que cette discrimination sera possible. C'est pourquoi nous n'aurons pas à nous occuper de certaines questions, d'ailleurs fort intéressantes : rédaction de faux certificats, avortement, déclaration de naissance, secret professionnel, déclaration de maladie, exercice illégal de la médecine, euthanasie.

Nous nous limiterons de même à la responsabilité civile des médecins, négligeant celle, analogue mais non juridi-

quement identique, des dentistes, vétérinaires, masseurs, sages-femmes et pharmaciens, en un mot de tous ceux qui mettent leurs connaissances médicales au service d'un être animé.

La responsabilité civile de l'homme de l'art ne fait aucun doute de nos jours. Il n'est cependant pas inutile de retracer l'évolution de cette responsabilité, de la placer dans son cadre légal et d'en établir les bases rationnelles.

Aussi longtemps que nous remontons dans l'histoire, nous retrouvons les traces de la responsabilité des médecins.

En 2394 avant Jésus-Christ, Hammanurabi, un des plus grands rois de Babylone édicta déjà des peines contre les praticiens inhabiles qui avaient blessé ou tué un homme libre ou un esclave dans la pratique de leur art. (1).

Le Rig-Veda, et l'Agur-Veda, vieux livres de l'Inde, proclament également cette responsabilité.

Plus tard, les Egyptiens publièrent une sorte de Code qu'Hérodote appela le livre sacré. Les prescriptions de ce Code avaient d'ailleurs été édictées par les successeurs les plus immédiats et les plus célèbres d'Hermès. Elles renfermaient les règles de la science médicale auxquelles les médecins étaient tenus de se conformer ponctuellement. Lorsque l'homme de l'art suivait exactement ces règles, il était à l'abri de toute poursuite, même lorsque le malade venait à périr. Mais dès qu'il s'en écartait, on le punissait de mort, quelle que fut l'issue de la maladie. C'était là une réglementation trop sévère qui, rigoureusement appliquée, ne pouvait subsister longtemps.

(1) Art. 218, 219, 220 et 226, du Code du Roi Hammurabi, cité par Hay: *De la responsabilité civile des médecins*, thèse méd., Paris, 1925.

En Grèce, l'art de guérir arrive peu à peu à un positivisme plus grand. Il se dégage de l'empirisme et de la superstition, grâce au triomphe de l'esprit rationaliste sur la tradition religieuse. La profession médicale est ouverte à toute personne libre. Aucun diplôme n'est exigé pour donner des consultations ou pour vendre des remèdes. Malgré ce, l'irresponsabilité du médecin demeurait probablement entière. Platon considérerait que seul pouvait être inquiété le médecin qui n'avait pas agi de bonne foi. Cependant Plutarque cite, dans sa « Vie d'Alexandre », le cas de Glaucus, médecin d'Ephésios, qu'Alexandre fit crucifier parce qu'il avait abandonné son malade pour aller au théâtre. Le malade, en son absence, avait fait un écart de régime qui avait occasionné sa mort. Mais il faut voir dans cet acte barbare plutôt une mesure prise sous l'empire d'une douleur insensée que l'application d'un texte légal.

En droit romain, des textes juridiques précis fixent la responsabilité civile aussi bien que la responsabilité pénale.

C'est ainsi que la loi Cornélia énumère les crimes que l'on peut commettre dans l'exercice de la profession médicale, tandis que la loi Aquilia envisage la responsabilité du médecin en dehors de toute intention de nuire.

Cette dernière loi prévoit le cas de négligence : « *Præterea si medicus qui servum tuum securit, dereliqueris curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est* ». (2).

Elle prévoit aussi le cas d'impéritie :

« *Imperitia quoque culpæ adminuneratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit quoque eum male securit, aut perperans ei medicamentum dederit* » (3).

(2) Institutes de Justinien, *De lege aquilia*, livre IV, titre III, paragraphe 7.

(3) Même référence.

Et Gaius précise que le médecin qui a, par ignorance imprévoyance ou impéritie, estropié ou tué un esclave ne peut invoquer en sa faveur la force majeure, le cas fortuit ou les risques inhérents à la santé humaine. Il doit payer une indemnité.

Mais il convient de remarquer que la loi Aquilia prévoyait seulement le tort éprouvé par le maître du fait de la perte de son esclave, le dommage causé à la propriété, non à la personne. Si donc le malade était un homme libre, l'action ex lege Aquiliæ ne pouvait pas s'appliquer. On admettait alors la possibilité d'une action ex locato basée sur le louage de service qui liait ce médecin au malade. Plus tard même, on admit indifféremment l'utilisation de ces deux actions :

« Proculus ait, si medicus servum imperite securit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem » (4).

Ces règles s'appliquent au médecin de condition inférieure qui seul pouvait contracter un louage de service. Dès lors que la médecine put être exercée par des hommes de condition plus élevée, bénéficiaires d'ailleurs de privilèges et d'exemptions accordés par Auguste et le Sénat, elles ne pouvaient plus s'appliquer.

Il semble, en effet, que les médecins aient joui d'une immunité absolue. « Les médecins sont les seuls qui peuvent impunément commettre un crime, déclare Pline le Jeune (5). « Medico imputari non debet mortalitatis eventum » écrit Ulpien.

Dans l'ancien droit français, il convient de faire une distinction entre médecin et chirurgien. La profession des médecins était réglementée par lettres patentes de

(4) Digeste, livre IX, titre III, *ad legem aquiliam*, Ulpien, paragraphe 7.

(5) Pline le Jeune. *Hist. natur.*, XXIX. 8.

Charles VI en 1390, réservant l'exercice de cet art aux titulaires d'un diplôme témoignant de leur capacité. La profession de chirurgien n'était réglementée que par l'ordonnance de Blois stipulant « qu'il ne sera passé aucun maître chirurgie ès villes où il y aura Université que les Docteurs-Régents en médecine l'ayant approuvé »

La responsabilité des chirurgiens est seule universellement admise par la doctrine et la jurisprudence. « Quand un chirurgien, par une saignée mal faite, ou par des remèdes peu convenables, a fait mourir quelqu'un ou l'a estropié, il semble que le chirurgien puisse être poursuivi pour raison de ce » (5). Il faut remarquer qu'il y a dans cette loi la particule « fere » qui fait connaître que sa décision n'est pas indistinctement vrai. Mais il y a un cas où l'imprudence n'est pas excusable. C'est quand un homme fait profession d'un art qu'il ignore. « Imprudentia artificis non succuritur, quia unusquisque peritiam in arte sua nocuerit tenebirur siquidem imperitia culpæ annouciatur » (6).

Ainsi, quand un chirurgien ou un apothicaire, par impréritie ou par méprise cause la mort de quelqu'un, ou l'estropie, le fait est regardé comme un quasi-délit, qui se punit par une condamnation de dépens et de dommages-intérêts, et non pas des peines afflictives « parce qu'autrement personne ne voudrait se mêler d'une profession aussi hasardeuse ».

C'est ainsi qu'on peut citer une décision des Assises de Jérusalem du XIII^e siècle qui oblige à verser une indemnité celui qui a « taillé de travers la jambe du patient ». De même, un arrêt du Parlement de Bordeaux de

(5) Loi 108, f. f. de Regulis Juris.

(6) Loi 132 f. f. de Regulis Juris.

1536 condamne à une indemnité celui qui, pratiquant une saignée, a piqué l'artère brachiale. Un autre, de 1760, condamne celui qui, à la suite d'une fracture mal soignée, a dû recourir à l'amputation.

Mais à l'égard du médecin, la solution est différente, puisque avons nous dit, l'ancien droit distingue entre médecin et chirurgien. Nous ne trouvons qu'un seul arrêt condamnant les médecins. C'est un arrêt du Parlement de Paris de 1427 « par lequel un médecin, pour avoir hasardé un remède violent et qui avait donné la mort au malade, fut admonesté et renvoyé, avec inhibition et défense de récidiver ».

Un autre arrêt de 1696 juge au contraire que « les médecins ne sont pas garants et responsables de leurs remèdes tant qu'il n'y a que de l'ignorance et de l'impéritie de leur part « quia agrotus sibi imputare debet cur talem medicum elegerit ».

L'ignorance est impunie en la personne des médecins, et ils tuent impunément les malades « pourvu qu'il n'y ait de leur part ni dol ni malice ».

Les raisons que les auteurs invoquent pour justifier cette impunité sont d'une part que la médecine est un art conjectural. Les dérangements qui arrivent souvent dans le corps humain, cette diversité presque infinie de concours dans les causes et les effets des maladies, exposent la science des médecins à des conjectures continuelles. Mais comme du fait de ces difficultés, ils ne doivent que faire preuve de plus d'habileté, il ne serait pas juste de les rendre responsable des évènements. « *Ægrum est non impura medico luctuosum morbi eventum, quamvis de sanitate referat gratiam* ».

L'autre raison est qu'il est toujours difficile de juger si un médecin a vraiment pécher par ignorance. Les résultats sont difficiles à évaluer. C'est d'ailleurs ce qui

fait souvent la force des médecins. Le soleil éclaire leurs succès, alors que six pieds de terre cachent leurs erreurs. « Errata medicorum terra occultat, beneficia autem sol illustrat » (7).

Mais ces raisons ressemblent plutôt à des prétextes, et ne sont pas la cause réelle de l'impunité dont jouissaient trop souvent les médecins sous l'ancien droit.

Il semble plutôt que cette immunité résulte de l'existence d'un corps organisé, capable de défendre ses privilèges, de faire lui-même la police de ses membres et de fixer des « règles » dont Molière et Boileau se sont moqués plus encore que de la médecine. Non seulement la Faculté, mais encore la Sorbonne et le Parlement se jugeaient le droit de les codifier. Le médecin était donc pénalement responsable de l'usage des remèdes défendus ; il ne pouvait l'être civilement des conséquences des remèdes autorisés.

Telle était du moins, l'opinion de la jurisprudence. Il n'en était pas de même en doctrine. .

Les juristes inclinaient à admettre la responsabilité du médecin en cas de faute grossière ou de témérité.

« Le médecin qui est tenu pour tel dans la république, n'est jamais présumé faire chose indiscrete, et la corne de son bonnet l'excuse d'une faute légère et faict que celui qui l'excuse doit prouver l'obmission. Mais s'il s'est montré si idiot en art et pratique que les aveugles voient contre, il est responsable de sa faute, ainsi que si il est trop hasardeux. Le premier vient de bêtise, le second de témérité, et ils sont encore tenus de malice et mauvaise volonté quand ils abandonnent le malade en besoin » (7).

(7) Montaigne. *Essai. De la ressemblance des enfants aux pères.*

(7) Jean Durat. *Commentaires aux coutumes du Bourbonnais*, p. 144.

« Dans notre ancien droit, lorsque l'impéritie est si grossière qu'elle peut passer pour un délit, le médecin et le chirurgien qui, par cette impéritie grossière, cause la mort d'une personne, doit être puni sinon de la peine ordinaire pour homicide, du moins d'une peine corporelle. Si, au contraire, ce médecin, par une simple négligence ou inhabileté, avait causé la mort à quelqu'un par ses remèdes, et qu'il fut prouvé par des experts qu'il en a fait un usage inconsidéré et téméraire, ou s'il avait voulu se servir de remèdes non autorisés ou contraires à la profession, il doit alors être puni arbitrairement, suivant les circonstances, et, en outre, condamné à des dommages intérêts envers la personne blessée, ou envers les héritiers du défunt » (8).

Certains même leur imputent déjà leur ignorance. « Quoiqu'il soit vrai qu'on ne doive pas imputer aux médecins la mort de leurs malades, ils doivent répondre des maux qu'ils causent par leur ignorance et le prétexte de faiblesse humaine ne doit pas empêcher qu'on punisse ceux qui trompent les hommes dans un tel péril qu'est celui de leur vie » (9).

La tendance de la doctrine était donc de plus en plus d'assimiler la responsabilité du médecin à celle qui était déjà admise contre le chirurgien. La suppression même de ce dernier titre par la Révolution, ainsi que la réglementation nouvelle de la profession médicale, posait à nouveau la question.

Et au seuil de cet étude sur la responsabilité civile des médecins, il convient tout d'abord d'en poser le principe. Dès que le problème fut porté devant les tribunaux, de savoir s'il fallait soumettre les médecins à l'application

(8) Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tome II, p. 525.

(9) Domat. Droit public, tome II: *Les Universités*, tit. XVIII, sect. 2, paragraphe X.

du droit commun en matière de responsabilité, la thèse de l'irresponsabilité absolue fut soutenue.

Ce système a trouvé des partisans convaincus vers 1830 parmi les membres mêmes de l'Académie de Médecine. Le médecin, disait-on, dans l'exercice de sa profession pratiquée de bonne foi et les limites de son savoir n'est soumis à aucune responsabilité en ce qui concerne ses prescriptions et ses soins. C'est aussi ce que plaide Maître Crémieux, avocat défenseur du corps médical, dans la fameuse affaire Thouret-Noroy, qui a posé les principes longtemps suivis par la jurisprudence (10).

Le corps médical tirait son premier argument de la loi du 19 ventose an XI. Cette loi ne parle de la responsabilité que pour en frapper la sage-femme qui aurait pratiqué un accouchement avec des instruments sans l'intervention d'un docteur, (art. 33), ou l'officier de santé qui aurait fait une opération chirurgicale majeure sans appeler un docteur : « Les officiers de santé ne pourront pratiquer les grandes opérations chirurgicales que sous la surveillance d'un docteur, dans les lieux où celui-ci sera établi. Dans le cas d'accidents graves arrivés à la suite d'une opération exécutée hors de la surveillance et de l'inspection prescrite ci-dessus, il y aura recours en indemnité contre l'officier de santé qui s'en sera rendu coupable » (11).

Les médecins disaient alors : cette loi de ventose an XI est une loi d'exception que les textes généraux du Code n'ont pas pu abolir. Elle prévoit seulement la responsabilité des officiers de santé, et passe sous silence celle des docteurs. C'est donc que les rédacteurs ont estimé que ceux-ci ne pouvaient être poursuivis.

10) Cass. Req., 18 juin 1835. S. 1835-1-401.

(11) Loi du 19 ventôse, an XI, art. 29.

C'est aussi l'opinion qu'émet l'Académie de Médecine sollicitée en 1825 par le tribunal de Domfront, dans l'affaire Hélie. Elle déclare que « la responsabilité des médecins, dans l'exercice consciencieux de leur profession, ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs involontaires, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux hors du calcul, ne doivent relever que de l'opinion publique. Si l'on veut qu'il en soit autrement, c'en est fait de la médecine. C'est un mandat illimité qu'il faut auprès du malade. En fait de médecine pratique de même qu'en matière de justice distributive, les médecins, non plus que les juges ne sauraient devenir passibles des erreurs qu'ils peuvent commettre de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions. Là, comme ici, la responsabilité est toute morale, toute conscience. Nulle action juridique ne peut être légalement intentée, si ce n'est au cas de captation, de vol, de fraude » (11).

Le tribunal de Domfront n'en condamna pas moins, par jugement du 28 sept. 1830 le docteur Hélie, estimant qu'il avait contre lui une faute grave, à des dommages intérêts.

L'argument, tiré de l'article 29 de la loi de ventose an XI, en faveur de l'irresponsabilité des médecins, fait preuve d'un esprit bien simpliste. Le fait qu'il ne parle pas des médecins ne saurait signifier qu'il les exempte de toute responsabilité. Il est impossible qu'il ait voulu limiter à un seul cas les hypothèses où les médecins pourraient être tenus à des dommages intérêts. Son but principal était de réglementer l'exercice de la médecine. A propos de cette réglementation, elle établit un cas spécial de responsabilité. Pour le reste, elle renvoie purement et simplement aux principes généraux posés par

(1) Rapporté par Guerrier et Rotureau. *Manuel pratique de jurisprudence médicale*. Paris, 1890, pages 99 et suivantes.

notre code civil sur la responsabilité contractuelle et délictuelle.

Remarquons que cet argument, insoutenable déjà au XIX^e siècle, l'est d'autant plus de nos jours que la loi du 19 ventose an XI a été abrogée par celle du 30 novembre 1899.

La thèse de l'irresponsabilité n'avait d'ailleurs jamais été retenue par les tribunaux. Ils admettaient à l'encontre des médecins une responsabilité pénale, basée sur les art. 319 et 320 du code pénal, et une responsabilité civile en vertu des art. 1382 et 1383 du code civil (12).

Continuant cette jurisprudence, la Cour de Cassation, dans l'affaire Thouret-Noroy (13) trancha la question de façon désormais définitive. Le tribunal d'Evreux avait estimé « qu'il y avait de la part du docteur Thouret-Noroy maladresse, oubli des règles de l'art, négligence grave, faute grossière dans la saignée et le traitement ultérieur » et l'avait condamné. La cour de Rouen confirma, et l'affaire fut portée en Cassation.

A l'encontre de l'avocat du médecin qui développa la thèse de l'irresponsabilité et des conclusions de l'Académie de Médecine qui avait été consultée, le procureur général Dupin, tout en écartant de la compétence des tribunaux l'appréciation des questions techniques, refusant de s'ériger en « Sorbonne médicale » n'en soutint pas moins que la responsabilité civile était engagée dans tous les cas de négligence, d'imprudence ou même d'ignorance du médecin.

« Du moment que les faits reprochés aux médecins sortent de la classe de ceux qui, par leur nature, sont exclu-

(12) Trib. de Domfront 28 septembre 1830; Cour d'Angers, 1^{er} mai 1835; Cour de Paris, 5 juillet 1833; Cass., 18 septembre 1817; rapporté par Ferres, thèse de Droit, 1934, page 136.

(13) Précité.

sivement réservés aux doutes et aux discussions de la science, du moment qu'ils se compliquent de négligence, légèreté, ignorance des choses que l'on devait nécessairement savoir, la responsabilité de droit commun est encourue ».

Et la Cour, adoptant ces conclusions, déclara : « Attendu que l'arrêt s'est fondé sur la négligence du médecin, sur la faute grave et notamment sur l'abandon volontaire où il avait laissé le malade.

... Attendu que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des médecins à qui ils sont imputables et qu'ils sont soumis, d'après les dispositions des art. 1382 et 1383, à l'appréciation des juges,... rejette le pourvoi ».

La jurisprudence admit dès lors, contre le médecin, la responsabilité délictuelle, déjà admise, comme nous l'avons vu, dans l'ancien droit, contre le chirurgien. Ce faisant, elle a supprimé un privilège que juridiquement rien en effet ne permettait de justifier.

Et ce faisant aussi, chargeant les médecins du fardeau souvent lourd de leur responsabilité, elle s'est fait le garant d'un bien d'une valeur immense, leur liberté.

Responsabilité, liberté, sont des notions inséparables. Les conséquences dérivent fatalement de la cause. En accomplissant librement un acte, je ne puis pas ne pas accepter tout ce qui doit en résulter. Bien plus, l'acte libre étant par définition celui qui ne dépend que de moi, celui dont je suis la seule cause, c'est par définition aussi celui dont j'accepte toutes les conséquences.

En fait, je ne puis prévoir exactement tout ce qui résultera de l'acte que je fais. L'imperfection de l'intelligence ne permet pas d'émettre des certitudes, mais seulement des probabilités. Il peut parier aurait dit Pascal. La liberté devient par conséquent la liberté de choisir, donc de se tromper.

Il n'en est pas moins vrai que dès lors que j'ai eu la faculté de choisir, j'ai l'obligation d'accepter les conséquences de mon choix, de supporter les dommages qui peuvent en résulter pour moi, et de réparer ceux qu'il a pu causer aux autres. Car j'ai pu, et j'aurais dû les prévoir.

Cette responsabilité n'a de limites que celles de mon intelligence et de ma liberté. Je suis responsable de ma faute, mais aussi de ma négligence et de mon imprudence c'est-à-dire non seulement des circonstances prévues, mais encore de celles que j'aurais dû prévoir.

Mais je ne suis pas responsable du cas fortuit, c'est-à-dire des circonstances imprévisibles. Je ne suis pas responsable non plus si mon acte a été déterminé par la force majeure ou la volonté d'un tiers. Celui qui a ou qui aurait dû commander, diriger, surveiller mon activité en est seul responsable.

Par conséquent, nul ne peut aliéner sa liberté, sans aliéner aussi sa responsabilité. En revanche, nul ne peut aliéner sa responsabilité sans supprimer du même coup sa liberté. Celle-ci est la conséquence nécessaire, et la contre-partie obligatoire de celle-là.

« Si nous sommes les maîtres de notre première action, a dit Goethe, nous ne le sommes plus de celles qui en découlent ».

Cette remarque s'applique tout particulièrement à l'exercice de la profession médicale. Et c'est l'idée même qui a été codifiée dans les art. 1382 et 1383.

Le médecin le plus adroit et le plus consciencieux peut commettre une faute, et causer de ce fait un préjudice à autrui. Cependant, nonobstant ses qualités professionnelles et morales, il devra réparer ce préjudice qu'il a causé.

Ces paroles de Bertrand de Greuille sont toujours

vraies, et elles s'appliquent ici, aussi bien que partout ailleurs :

« Tout homme est garant de son fait. C'est une des premières maximes de la société. D'où il suit que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer. Ce principe... n'admet point d'exception, il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre... La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Partout où elle aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer, et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprévoyance, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait. Ce n'est pas trop exiger de lui que de l'astreindre à quelques sacrifices pécuniaires... » (14).

Ainsi se trouve posé, en même temps que celui de la responsabilité en général, le principe de la responsabilité civile des médecins, question préliminaire à celle qui nous occupe plus particulièrement : la nature de cette responsabilité.

Mais d'abord, qu'est-ce que la responsabilité civile, ce terme étant pris en opposition à la responsabilité pénale ? C'est l'obligation pour l'auteur d'un dommage d'en réparer les conséquences.

Or, il est, de par notre code, deux chefs principaux d'obligations civiles : le contrat et le délit.

Donc deux éléments générateurs d'obligations, deux sortes de fautes, et par lui-même deux responsabilités.

La faute contractuelle est le manquement à des obligations librement fixées et consenties par les parties. La

(14) Rapport de Bertrand de Greuille, séance du 16 pluv., an XIII, Loché, T. 13, p. 41 et 59.

faute délictuelle au contraire, porte atteinte à une obligation absolue, imposée par la loi, indépendante de toute volonté humaine, véritable fondement de la vie en société qui interdit tout acte nuisible à autrui, toute violence ou fraude, toute imprudence ou négligence.

La question qui se pose ici est de savoir sous lequel de ces deux chefs, délictuel ou contractuel, peut se placer la faute médicale. C'est de l'appréciation de cette faute que découlera toute la nature de la responsabilité.

Et les conséquences de cette discrimination sont multiples et fort importantes. Nous aurons à voir, au cours de cette étude, toutes les différences entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. C'est le droit civil tout entier qu'il faudra passer en revue. La question touche à tous les domaines : solidarité, prescription, conventions d'irresponsabilité, quantum des dommages, charge de la preuve.

L'appréciation de la faute ne peut donc être faite à la légère. La doctrine et la jurisprudence ont examiné la question à fond, et les opinions sont d'ailleurs contradictoires.

Il s'en était pourtant dégagé une théorie qui, si elle choque peut-être un peu l'absolutisme juridique, n'en est pas moins à notre avis une appréciation exacte des éléments en présence.

On admet l'existence d'un contrat liant le médecin à son malade, contrat sur la nature duquel l'accord fut d'ailleurs assez long à se faire. Ce contrat crée des obligations réciproques pour les deux co-contractants. La violation de ces obligations entraîne une responsabilité qui, née du contrat, est forcément contractuelle.

Mais ce concept même de contrat, est trop étroit pour qu'en découlent toutes les responsabilités créées par la profession médicale. C'est pourquoi la jurisprudence,

peu soutenue il est vrai par la doctrine, faisait place ici à la responsabilité délictuelle.

Remarquons que ce cumul de responsabilité, permet tant ainsi une appréciation plus exacte des faits, était cependant beaucoup moins lourd pour le médecin qu'une responsabilité uniquement contractuelle.

Ce n'est d'ailleurs pas à proprement parler d'un cumul qui s'agit ici. Il faut seulement reconnaître que malgré l'existence d'un contrat, la responsabilité médicale est tantôt délictuelle et tantôt contractuelle. Il y a place pour la coexistence des deux responsabilités.

Il y a bien ici un contrat — cela ne fait maintenant plus de doute, — entraînant pour le médecin l'obligation de donner des soins. Dans les limites de ce contrat l'obligation est naturellement contractuelle.

« Mais que, dans des circonstances exceptionnelles, le médecin ou le chirurgien s'évadent du contrat pour appliquer un traitement ou faire une opération dont la hardiesse et les résultats opératoires, faute d'expérience renouvelée et probante sont justifiées par un cas désespéré, ou encore qu'il y ait erreur de diagnostic ou de traitement thérapeutique ou chirurgical scientifiquement discuté, il est impossible de donner à l'action en dommages-intérêts un autre fondement que les art. 1382 et 1383 du Code Civil » (16).

Telle est la doctrine qu'avait fondée l'arrêt primordial en la matière, celui de la chambre des requêtes du 10 juin 1835 dans la fameuse affaire du docteur Thouret-Noroy.

Et c'est l'opinion qui avait prévalu en jurisprudence pendant tout le XIXe siècle et le début du XXe siècle, pour le plus grand contentement de tout le monde. C'est elle qui avait permis le magnifique essor de la thérapieu-

(1) Note E. P. sous Cass. Civ. 20 mai 1936. Dalloz mensuel, 6° et 7° cahiers 1936, p. 89.

tique au XIXe siècle, dont la France, s'enorgueillit à juste titre d'avoir été l'inspiratrice.

Mais il faut bien reconnaître que cette opinion, si elle permettait une juste appréciation des faits en cause, n'en était pas moins, du point de vue strictement juridique, une véritable vue de l'esprit, certes dans un but louable de recherche d'équité, mais sans aucune base rationnelle ou légale.

La doctrine était depuis longtemps unanime à réclamer en matière médicale une responsabilité uniquement contractuelle.

Cet essor du concept contractuel, son mouvement de substitution à la position délictuelle, était déjà accompli sur d'autres points en matière de responsabilité.

Cédant à ces tendances, la Cour de Cassation, par un arrêt désormais fameux du 20 mai 1936, inflige désormais, aux médecins une responsabilité purement contractuelle. Je dis bien inflige car nous verrons combien cette responsabilité, pourtant unique, est désormais plus lourde pour le médecin.

Il est encore trop tôt pour juger utilement toutes les conséquences, et elles sont innombrables, de cet arrêt. Nous essaierons pourtant de le faire. On connaît l'influence qu'exerce en France la Cour de Cassation sur les Cours et Tribunaux. Ces derniers, quand la question leur sera posée, adopteront le point de vue de la Cour Suprême, et créeront ainsi une jurisprudence, qui, examinant la question dans tous ces détails, viendra peu à peu remplacer l'ancienne.

C'est ce revirement, non pas brusque certes, et il nous appartiendra d'en rechercher les antécédents, mais qui n'en crée pas moins un changement intégral dans la nature même de la responsabilité civile des médecins, qui nous a conduit à diviser cette étude en deux parties.

Dans la première partie nous étudierons cette responsabilité d'après la jurisprudence antérieure à la Cour de Cassation du 20 mai 1936. Cette étude sera brève, elle a d'ailleurs été faite dans de nombreux ouvrages. Reniée par la Cour de Cassation, bientôt, déjà peut être par les juridictions inférieures, elle n'offre plus aujourd'hui qu'un intérêt spéculatif. Nous nous y attacherons cependant parce que nous estimons que les solutions qu'elle donnait étaient plus conformes, sinon au droit pur, du moins à l'équité.

La seconde partie sera un essai d'examen critique de cet arrêt de Cassation et de toutes les conséquences qui vont en découler pour le corps médical. Manquant du recul que donne le temps, nous essayerons de le faire tout de même avec toute la logique voulue.

Dans notre conclusion, nous nous efforcerons de prouver que la solution de la Cour de Cassation, lourde de conséquences pour les médecins, peut aussi constituer un danger pour les clients eux-mêmes, et nuire à l'essor de la science médicale.

PREMIERE PARTIE

La responsabilité médicale d'après la Jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Chambre civile du 30 mai 1936

Il s'établit entre le client et son médecin avons-nous déjà dit, un accord tacite et parfois un accord écrit, bref un véritable contrat. Pourtant, à bien examiner la chose, on s'aperçoit que lorsque le médecin commet une faute vis-à-vis de son client, il ne fait pas que violer le contrat, il commet un quasi-délit.

Comment expliquer cela?

« Dans le contrat tacite ou écrit qui s'établit entre médecins et clients, ne s'inscrivent que les gestes extérieurs que sera tenu de faire le médecin, les seuls que le client est susceptible de juger. Que demande le client au médecin? De lui accorder visites, consultations, opérations, bref les divers actes médicaux à des conditions déterminées. Il fixe le prix de ces actes, les heures et les jours de consultation au cabinet, les moyens d'appel du médecin

à domicile. Le médecin déclare dans le contrat accepter ces conditions.

Mais il y a quelque chose dont le médecin ne pouvait exiger l'insertion dans le contrat et que le client n'accepterait pas de voir insérer : c'est que le médecin se contentera de faire acte de présence, de faire des gestes ou même de prononcer de belles paroles. Le client veut autre chose. Certes, il sait bien qu'il ne peut demander à son médecin de le guérir à coup sur quand il est malade. Il sait que toute maladie peut entraîner une issue fatale, et que les médecins eux-mêmes, ainsi que les membres de leur famille, n'échappent pas à la mort. Mais ce qu'il demande sans que la chose soit inscrite dans le contrat, c'est que le médecin soit tenu de faire tout ce que la science médicale est capable de faire pour le guérir » (1).

Ce quelque chose de sous-entendu au contrat, cette promesse de ne pas commettre d'erreur dont la vie humaine est l'enjeu, est l'obligation légale dont la violation entraîne la responsabilité délictuelle du médecin.

C'était bien l'opinion de la jurisprudence qui, admettant l'existence d'un contrat, et le faisant dans certains cas générateur de responsabilité, n'en retenait pas moins en règle générale, une responsabilité délictuelle.

Permettant ainsi la coexistence sur un même terrain des deux responsabilités : délictuelle et contractuelle, la jurisprudence était forcément amenée à prendre parti dans le problème délicat à résoudre du cumul possible de ces deux responsabilités.

Remarquons tout d'abord avec M. H. Mazeaud (2) que la question semble mal posée. Le problème du cumul des

(1) Paulette Nègre, *La responsabilité civile dans la pratique de la médecine*, thèse Aix 1935, p. 48.

(2) H. Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et contractuelle*, Rev. trim. de Droit civil 1929, p. 657.

responsabilités se ramène en réalité à une recherche d'intention. Il s'agit de savoir si les parties ont voulu régler définitivement la responsabilité en écartant par des conventions la responsabilité délictuelle, ou si au contraire elles ont voulu que ces règles délictuelles jouent à côté des règles contractuelles.

Contrairement d'ailleurs à l'expression même, les deux responsabilités ne peuvent certainement pas être cumulées pour permettre à la victime d'obtenir une double condamnation pour un seul fait et un même préjudice.

Le malade mécontent pourra poursuivre son médecin, tantôt sur le champ du délit, tantôt sur celui du contrat, la délimitation ayant été faite très nettement par la jurisprudence.

La doctrine se partage entre partisans et adversaires du cumul.

MM. Aubry et Rau sont partisans de ce cumul. Voici ce qu'ils écrivent :

« Il convient toutefois de remarquer que les fautes commises dans l'exécution d'une convention peuvent quelquefois dégénérer en délit de droit criminel, et dans ce cas, les art. 1382 et suivants sont évidemment applicables.

Ce n'est pas tout, et la vraie difficulté commence plutôt dans le cas où la faute commise dans l'inexécution d'une convention, sans dégénérer, comme on vient de le supposer, en délit de droit criminel, constitue à tout le moins un délit ou un quasi-délit au sens de l'art. 1382. En pareil cas, deux fautes sont réunies dans le même fait, la faute délictuelle et la faute contractuelle, de caractère exclusivement civil l'un et l'autre.

Dès lors, et à supposer bien entendu que l'on admette avec nous, la doctrine de la dualité des fautes, deux actions différentes sont nées, en théorie tout au moins, au

profit du créancier: l'action en dommages-intérêts des art. 1149 et suivants, l'action en dommages-intérêts de l'art. 1382, la première n'ayant pour objet, même en cas de délit civil et de dol du débiteur, que la réparation du préjudice direct, l'autre ayant pour objet, même au cas de quasi-délict civil et en l'absence de dol du débiteur, la réparation du préjudice indirect lui-même. Il va de soi qu'il ne saurait être question pour le créancier de cumuler le bénéfice de ces deux actions contre le débiteur » (3).

La jurisprudence, dans un arrêt récent de la Cour de Cassation a admis ce cumul (4) confirmant un arrêt de la Cour de Paris du 18 déc. 1925.

Tout récemment encore, la Cour de Nîmes (5) admet elle aussi le cumul, et motive de la façon suivante sa décision:

« Attendu qu'il n'existe aucune disposition légale qui interdit au créancier de se prévaloir de la responsabilité de son débiteur quasi-délictuel et contractuel, et lui ferme automatiquement, soit le recours à la responsabilité quasi-délictuelle du seul fait qu'il existe un contrat... ou le recours à la responsabilité contractuelle ».

Mais cette opinion est vivement combattue par une série de juristes distingués (6). Nous citerons M. Josserand qui sous l'arrêt de Cassation cité plus haut écrit : « Si cette décision de la Chambre des Requêtes devait fixer la jurisprudence vacillante et confuse sa gravité serait extrême. Elle consacrerait le recul et presque la défaite de la responsabilité contractuelle, dominée, refou-

(3) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 5^e édition, T. 6, page 371, note 7.

(4) Req. 14 décembre 1926, D. P. 1927-1-105.

(5) Cour de Nîmes, 4 juin 1934, D. H. 1934, 547.

(6) Saleilles: *Théorie générale de l'obligation*, n° 332.

Lalou: *La responsabilité civile*, n° 269.

Ripert, note sous D. P. 1926-1-5.

lée, jusqu'en ces derniers retranchements par la responsabilité délictuelle, désormais triomphante. »

Il n'en a rien été puisque, et justement sous l'influence de M. Josserand, c'est la responsabilité contractuelle qui a triomphé.

La Cour de Cassation elle-même est revenue sur ces positions. Par un arrêt de la Chambre Civile du 6 avril 1927 (7) elle décide que « les art. 1382 et suivants sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat ». Il y aurait donc incompatibilité entre le domaine contractuel et le domaine délictuel.

En présence de toutes ces divergences d'opinion, il semble que la plus sage soit celle de M. Planiol : « Dans cette mêlée un peu confuse, la vérité définitive ne s'est pas encore dégagée. Il est même permis de se demander s'il en existe une et si nous verrons jamais se produire autre chose que des opinions individuelles, contradictoires et irréductibles » (8).

Nous ne prendrons pas personnellement parti sur cette question qui soulève de si vives controverses chez les légistes. Il semble d'ailleurs que la solution du problème qui nous occupe puisse être trouvée ailleurs.

Il suffit de porter la question sur le terrain de l'étendue du contrat. Avec M. Mazeaud, nous estimerons qu'il s'agit ici d'une simple recherche d'intention.

Les parties auront quelquefois pris soin de déterminer elles-mêmes l'étendue qu'elles entendent donner au contrat. Mais parfois et surtout en matière médicale où il y a fréquemment urgence, elles peuvent oublier de le faire.

(7) Civ. 6 avril 1927. D. 1927-1-111. S. 1927-1-201. *Caz. Pal.*, 1927-2-220.

(8) Planiol. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, mai 1905, p. 227.

Le juge devra alors déterminer le contenu du contrat tel qu'il est fixé à un moment donné par l'opinion moyenne, à laquelle les contractants se sont probablement référés. Ce «contenu social» d'un type déterminé de contrat varie d'ailleurs avec le temps, en médecine surtout où la technique fait si rapidement des progrès.

Le contrat, conclu entre médecin et malade régit certains des rapports qui les unissent. Mais il ne peut les régir tous. Là n'est pas l'intention évidente, des parties celle à laquelle doit s'attacher le juge. Ce contrat n'est fait que pour les manifestations extérieures, saisissables dès l'abord, et susceptibles d'être comprises par tous, même par le malade le plus ignorant.

Ces modalités régies par le contrat seront d'ailleurs différentes avec chaque cas particuliers. Régissant des circonstances variables, elles varieront avec elles.

Mais au milieu de tous ces changements, il est une chose qui reste stable, qui n'a pas changé: c'est la responsabilité propre au médecin, sa responsabilité professionnelle. Et pour la régir, le contrat est impuissant. On ne peut remettre à la libre convention des parties une chose aussi grave, aussi lourde de conséquences, qui intéresse certes les parties en présence, mais aussi la société toute entière.

C'est pourquoi le législateur est intervenu posant dans les art. 1382 et suivants de notre Code Civil le principe de la responsabilité délictuelle, base de la vie en société. Et la jurisprudence, antérieurement à l'arrêt de la Chambre Civile du 20 Mai 1936, les appliquait fort à propos à la responsabilité médicale.

Cette première partie qui est consacrée à son étude, sera donc tout naturellement divisé en deux chapitres.

Dans le premier, nous étudierons le contrat médical lui

même, justifiant son existence, déterminant sa nature, et les cas exceptionnels où il est générateur de responsabilité.

Le second sera consacré à l'examen du caractère généralement délictuel reconnu à la responsabilité civile des médecins. Nous l'examinerons au cours des diverses manifestations dans l'exercice même de la médecine.

CHAPITRE PREMIER

Le Contrat médical

Une personne se sentant malade, va trouver un médecin de son choix à son cabinet de consultation, ou plus fatiguée, demande à celui-ci de venir la voir chez elle. Le médecin la reçoit ou se rend à son appel. Le malade demande donc seulement des soins, et le médecin consent à lui en donner. Un contrat est-il formé entre les deux parties, et dans l'affirmative, qu'elle en est la nature juridique?

La difficulté vient du fait que nous sommes à l'extrême limite du contrat et du fait pur et simple. La situation présente quelque analogie avec la question du transport bénévole et gratuit.

Y-a-t-il vraiment contrat? En effet, il n'est que tout à fait exceptionnellement passé un écrit dans les relations du malade et du médecin. Mais l'on sait fort bien que l'existence d'un écrit n'est jamais indispensable pour la validité d'un contrat. Il ne sert le plus souvent qu'à faciliter la preuve. De simples engagements verbaux ou

même tacites n'en produisent pas moins les effets d'une véritable convention.

Mais telle n'a pas été l'opinion généralement admise. La question a donné lieu à de vives controverses, et les opinions les plus diverses ont été soutenues par les auteurs. D'aucuns, Aubry et Rau par exemple ont soutenu qu'il ne pouvait exister de contrat entre le médecin et son malade.

Par suite dans cette étude du contrat médical, il nous faudra donc d'abord justifier de son existence. C'est ce qui fera l'objet d'une première section de ce chapitre.

Dans une seconde, nous étudierons les principales théories émises au sujet de sa nature: théorie du mandat, du contrat innommé, du louage d'ouvrage et d'autres encore.

Nous verrons ensuite deux situations analogues aux précédentes, mais en dehors du contrat médical: lorsque le malade est bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et lorsque le médecin joue le rôle de gérant d'affaire.

La formation du contrat médical, et plus spécialement la question du consentement du malade et du médecin fera l'objet d'une quatrième section.

Dans une cinquième et dernière, nous déterminerons les cas exceptionnels de responsabilité rattachés dès avant 1936 au contrat médical.

SECTION I

JUSTIFICATION DE SON EXISTENCE

Certaines considérations sentimentales ou théoriques, ont contribué à fausser la conception du contrat médical. C'est une idée bien désuète que celle de la hiérarchie

des professions dont quelques auteurs s'inspirent pour déclarer que les actes dépendant de professions littéraires, artistiques ou scientifiques étant inestimables, ne constituent qu'un fait d'obligeance de la part de celui qui l'a promis, et ne sauraient directement en eux-mêmes former l'objet d'un contrat.

En réalité l'honneur et la considération qui entourent les professions libérales, dépendent de la valeur des services rendus, l'existence d'un contrat ne fait rien à la chose. Servitude et grandeur ne sont pas inconciliables, si même la vraie grandeur n'est pas de servir. Nul ne conteste aujourd'hui à l'ingénieur quel que soient sa valeur et ses titres scientifiques, le droit de louer son intelligence, et d'être un salarié.

La profession libérale, et la profession servile ne sont plus, comme en droit romain, celle que l'homme libre peut exercer, et celle qui est réservée à l'esclave, ni, comme en droit féodal, celle que le noble peut ou ne peut pas exercer sans déroger. Nous n'avons pas à nous embarasser de ces questions de dignité pour étudier les liens qui unissent le malade et son médecin, mais seulement à considérer objectivement les faits.

Sans doute, l'argent n'est rien auprès du dévouement. « *Vilis pecunia sed magna misericordia* ». Mais le service inestimable rendu par le médecin est récompensé par un don non moins inestimable, la reconnaissance du malade. Ce sont des obligations dont on peut réclamer l'exécution devant les tribunaux, et le métier du médecin est raisonnablement payé par de l'argent.

Depuis longtemps déjà, les arrêts de jurisprudence, emploient le terme de contrat entre malade et médecins (1). Le mouvement s'est amplifié ces dernières années et

(1) Cass. Req. 21 août 1889, S. 1889-1-663; Agen, 4 mars 1891, D. 1890-2-261, note Glacson.

la reconnaissance du contrat médical par les tribunaux peut être considéré comme un fait acquis.

Telle n'a pas cependant été toujours l'opinion de la doctrine. La théorie de l'absence de contrat a été soutenue.

Les partisans de cette théorie peuvent se grouper sous trois chefs. Aubry et Rau tout d'abord, refusent d'admettre un contrat entre le médecin et son malade pour des raisons de pure politesse. D'autres estiment que le contrat médical pêche par absence d'objet ou par impossibilité de le déterminer donc défaut d'une condition essentielle à la réalisation du contrat.

Nous allons étudier successivement ces trois théories dans trois paragraphes. En les réfutant, nous poserons par le fait même le principe de l'existence du contrat médical.

§ I. — *Les rapports entre médecin et malade ne sont pas des rapports de pure obligeance*

D'après Aubry et Rau les deux célèbres civilistes du milieu du XIXe siècle, les relations entre médecins et malades ne pourraient jamais être qualifiées de contrat. Aucun contrat juridiquement valable ne peut même se former.

« Les actes dépendant d'une profession littéraire scientifique ou artistique ne sauraient en eux-mêmes et directement, former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui les a promis n'est pas civilement contraignable à l'exécution de sa promesse.

Ces actes considérés en eux-mêmes sont inestimables et ne constituent d'après leur caractère principal qu'un

fait d'obligance de la part de celui qui les a promis ».
(2).

Aubry et Rau s'inspiraient ici d'une très vieille idée qui remonte au droit romain et fut reprise par de nombreux juristes de notre ancien droit, notamment Pothier. C'est la fameuse théorie de la hiérarchie des professions qui reconnaît à celles qui sont traditionnellement qualifiées de libérales, c'est-à-dire par excellence celles de l'avocat et du médecin, une supériorité certaine sur les métiers manuels.

Néanmoins les auteurs concèdent qu'une rémunération est due au médecin, rompant en cela avec le droit romain qui faisait des services de l'homme de l'art des actes à titre gratuit. Voici comment ils justifient cette rémunération :

« Rien n'empêche qu'une chose déterminée à produire, opus ne devienne l'objet d'une convention civilement efficace, bien que sa production doive être le résultat de l'exercice de talents artistiques ou de facultés intellectuelles de l'ordre le plus élevé ».

« D'un autre côté, si des actes dépendant d'une profession libérale ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de former l'objet d'un engagement obligatoire pour celui qui les a promis, ils n'en constituent pas moins, à raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis ».

Ces auteurs semblent donc faire une distinction entre les actes dépendant de la profession libérale pris en eux-mêmes, dont il serait impossible de faire l'objet d'un

(2) Aubry et Rau, Cours de Droit civil français, 5^e édition, tome IV, p. 533.

contrat, et les conventions au sujet de ces mêmes actes, ces conventions étant elles, juridiquement valables.

Cette discussion nous paraît bien subtile et discutable. En effet, il est permis au médecin de poursuivre judiciairement le paiement des honoraires promis par son client. Des sociétés, sortes d'assurance, le *Sou Médical* par exemple, se chargent moyennant un certain pourcentage, de poursuivre le recouvrement de ces honoraires. C'est chose fréquente aux audiences du juge de paix. Mais en contre-partie, le client peut obliger son médecin à lui donner les soins auxquels il s'est engagé, et au cas de refus obtenir des dommages-intérêts ce qui, au seul point de vue juridique revient exactement au même.

Il est évident, et nous sommes d'accord ici avec Aubry et Rau que le malade ne pourra pas forcer manu militari le médecin à venir à son chevet, ou le chirurgien à l'opérer. Mais tous les créanciers d'obligations de faire ne sont-ils pas dans la même situation? Leurs débiteurs ne sont pas contraignables à l'exécution de leurs promesses en vertu du grand principe « *Nemo potest cogi ad factum* ». Nous ne sortons pas ici du droit commun.

Persnne n'en conclut néanmoins que ces obligations ne soient pas valables. L'art. 1142 du Code Civil prévoit au contraire la sanction au cas de leur inexécution. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Puisqu'il y a des obligations réciproques sanctionnées, pourquoi ne pas admettre qu'il y a contrat? L'opinion d'Aubry et Rau qui d'ailleurs est restée isolée ne peut donc être admise. Il y a longtemps qu'elle a cessé d'avoir cours.

« La base sur laquelle elle reposait, une hiérarchie entre les professions, n'est plus dans les idées de notre temps.

Tout travail, de quelque nature qu'il soit a sa noblesse et du reste, il n'en est pas qui soit purement manuel et ne mette en jeu l'intelligence. La seule supériorité que l'on reconnaît aux professions libérales tient aux longues et difficiles études, au niveau supérieur d'instruction qu'elles exigent ». (3).

Il répugne évidemment de faire usage ici du mot et de la notion de contrat qui semblent réservés aux activités d'un ordre inférieur. En réalité, c'est seulement une entité juridique qui ne contient en elle-même aucun sens honorifique ou péjoratif. Sans vouloir faire preuve d'un esprit révolutionnaire, il faut se rappeler que tous les hommes sont égaux devant la loi. Ce qui est contrat pour l'un, doit les mêmes conditions étant remplies, être aussi contrat pour l'autre.

La thèse d'Aubry et Rau était basée uniquement sur une question de prestige, et il faut bien reconnaître que souvent les médecins eux-mêmes se sont employés à le détruire.

Mais ce n'est pas là la seule objection de ceux qui nient le contrat médical.

§ II. — *L'objet du contrat médical n'est pas hors du commerce*

L'objet est une des conditions essentielles à la formation de tout contrat; et cet objet ne peut être quelconque il ne doit être contraire ni à l'ordre public ni à la morale.

Quelques auteurs, s'appuyant sur une fausse analyse de l'objet du contrat médical, ont prétendu qu'il ne pouvait exister.

(3) Abel, opus. cit. page 51.

« L'idée de contrat paraît insoutenable en ce qui concerne les rapports du médecin avec son client. Ici, quel serait en effet l'objet du contrat? La vie humaine. Or celle-ci n'est point une marchandise. Le client est un ignorant, même lorsqu'il se croit savant en la matière, et il ne peut par un contrat dont il ignore la valeur abdiquer son existence entre les mains d'un autre homme, même lorsque cet autre homme est un médecin. Ce serait conférer au médecin un pouvoir redoutable que de disposer à son gré de la vie humaine ». (4).

Arguant de l'art. 1128 « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions », on en conclut que le contrat médical ne peut exister.

La vie humaine, certes, n'est pas dans le commerce. La législation pénale française estime qu'elle appartient en propre à chacun de nous puisqu'elle ne punit pas la tentative de suicide. Mais elle ne va pas plus loin, et punit toute complicité au suicide d'autrui (5).

Permettre au malade de remettre sa vie entre les mains du médecin serait peut être le rendre complice de sa mort.

Ce raisonnement pêche par la base. En effet, l'objet du contrat médical, s'il tient à la vie, n'est pas une promesse de la conserver. Sinon le médecin devrait toujours répondre, et même pénalement du décès de ses clients. C'est une chose déraisonnable, et personne n'a jamais pensé sérieusement à lui faire encourir une telle responsabilité. Le médecin ne peut promettre un résultat certain amené par son intervention. Il ne peut s'engager vis-à-vis du

(4) Nègre, op. cit. pages 4 et 5.

(5) Lyon, 27 juin 1913. D. 1914-2-371.

Paris 22 janvier 1913. D. 1919-2-73.

Cass. 29 nov. 1920. D. P. 1921-1-68.

malade qu'à lui procurer le secours de son art et de son activité. Il veut seulement le guérir, le soulager, éviter un **dénouement peut-être fatal**.

Du reste, dans de multiples circonstances, la jurisprudence a répété ce principe qu'il ne faut pas apprécier la conduite du praticien d'après ses conséquences.

« On ne saurait retenir comme un principe de responsabilité le fait que le malade n'aurait pas retiré de l'opération, l'avantage qu'il en attendait, et même si le succès n'a pas répondu aux espérances, ce fait ne saurait suffire à engager la responsabilité du chirurgien » (6).

« L'homme de l'art ne saurait être responsable du résultat dans lequel entrent des éléments complexes, tels que l'âge, l'hérédité, les habitudes, la nature même et la gravité du traumatisme » (7).

L'objet du contrat n'est pas seulement une obligation générale de prudence, de compétence ou de dévouement. Ce n'est pas non plus une obligation absolue de guérison. C'est dans chaque cas particulier, la réalisation des promesses que le médecin a faites au malade et qui ont décidé celui-ci à se soumettre au traitement imposé. Ce n'est pas la rédaction d'une ordonnance ou la pratique d'une intervention. C'est parfois la guérison, c'est plus souvent le soulagement d'une faiblesse, l'atténuation d'une infirmité, et d'une façon générale, la conservation ou la restauration de la capacité de travail.

Cet objet peut être déterminé d'une façon suffisante et les taux d'invalidité de la loi des pensions ou des accidents du travail en sont la preuve. Si la vie ou la santé de l'homme ne sont pas marchandises, sa capacité de travail est bien dans le commerce. Il peut la louer. Elle fait vala

(6) Cour de Paris, 20 nov. 1924. Gaz. Pal. 1925-1-166.

(7) Cour de Riom, 5 février 1929. Gaz. Pal. 1929-1-649.

blement dans la vie courante, l'objet de toute une catégorie de contrat : le louage de services.

L'argument tiré de l'art. 1128 ne tient donc pas. On peut dire que de plus en plus la fourniture de soins, en quoi consiste l'obligation du médecin, répond à nos exigences. On a fait souvent de cet article une interprétation libérale. Pour prouver que les actes du médecin sont bien dans le commerce, il suffit de considérer les multiples barèmes, tarifs de soins qui sont édictés par les syndicats médicaux. N'est-il pas question d'établir un code de déontologie et un ordre des médecins pour le faire respecter?

Enfin, quand on dit que le malade abdique ses droits sur son existence en faveur du médecin, on commet une grosse erreur. Le malade conserve tout de même un certain droit de décision. En effet, ne fait-on pas au médecin, une obligation grave de prévenir le malade avant toute intervention, et même de demander son consentement? C'est donc le malade lui-même qui permet toutes les initiatives du docteur. Il n'abdique nullement son droit à la vie entre les mains de l'homme de l'art.

On ne doit jamais envisager l'objet d'un contrat d'une façon générale et absolue, indépendamment des circonstances particulières et de la volonté des parties en présence. Il en résulte que le médecin ne dispose pas d'une liberté entière pour limiter à sa guise ses obligations. Avant d'être celui qui exécute, il est comme l'architecte, celui qui conseille. Il est seul compétent en face d'un profane, et ne doit pas abuser de cette incompétence du malade. Il doit donc obtenir son consentement. C'est un point sur lequel nous aurons d'ailleurs à revenir.

Le contrat médical ne pêche donc point par absence d'objet. Pour le client, l'objet est dans les honoraires qu'il verse au médecin. Pour le médecin, l'objet est évidemment plus difficile à dégager. Il n'apparaît pas au

premier abord, mais il existe toute de même dans ce mélange de prestations matérielles et d'opérations de l'esprit qui constitue à proprement parler tous les actes dépendant d'une profession libérale. Le caractère aléatoire du résultat est voulu par la nature même de la médecine, science essentiellement conjecturale. Mais l'objet du contrat n'en reste pas moins la volonté du médecin d'obvier par tous les moyens dont il dispose à la maladie pour laquelle son client est venu le consulter.

§ III. — *L'objet du contrat médical n'est pas indéterminé*

On a enfin soutenu l'inexistence du contrat en matière médicale en opposant l'art. 1123 du Code Civil « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ». Les parties avant de contracter doivent pouvoir prévoir toutes les obligations auxquelles elles se soumettent. Or, il est loin d'en être ainsi dans le contrat médical. Entre médecin et malade, tout est souvent impossible à prévoir. On ne connaît pas à l'avance le détail des opérations, des actes médicaux qu'il sera nécessaire d'effectuer pour se rendre maître du mal. Parfois, le rôle du médecin sera purement passif, laissant la maladie suivre son cours sans intervenir directement. La nature, si elle afflige notre corps, lui donne aussi souvent la force de lutter seul efficacement contre le mal qui l'étreint. Que devient alors l'objet du contrat ?

La réponse est dans le second paragraphe de ce même article 1129. « La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée au moment de la conclusion du contrat ». On ne sait pas évidemment qu'elle sera la gravité ni même la nature du mal. Mais les

obligations du médecin n'en restent pas moins prévisibles dans leur objet dès ce moment là. Il s'oblige à appliquer les règles de la science qu'il sert, même lorsqu'elles lui commandent une abstention. Il contracte une obligation professionnelle générale, et cela suffit à justifier le contrat. Il importe peu que l'on n'ait pu prévoir les diverses manifestations possibles de son intervention jusque dans le moindre détail.

Ayant ainsi posé le principe de l'existence d'un contrat entre le médecin et son client en réfutant les diverses théories qui le nient, nous allons voir maintenant s'il entre dans les cadres où l'on classe les divers contrats, ou s'il constitue une forme nouvelle. Bref, nous allons étudier sa nature.

SECTION II

NATURE DU CONTRAT MÉDICAL

Nous venons de voir qu'il y a bien formation de liens contractuels entre médecin et client. Mais si leur réalité ne peut être mise en doute, on peut hésiter quand il s'agit de déterminer la nature du contrat qui se forme, et partant de fixer les obligations qu'il engendre et l'évidence de leurs effets.

Est-ce un mandat, un louage de service? est-ce encore un contrat innomé? Cette question dont l'intérêt peut être considérable, les principes dominant les différents contrats se différenciant parfois notablement, a provoqué de nombreuses et vives controverses.

Dans autant de paragraphes, nous allons étudier les théories les plus généralement admises. Nous verrons combien le choix est difficile, et, les circonstances étant

parfois si différentes, il semble que chacune peut s'appliquer dans un cas particulier.

§ I. — *Théorie du mandat.*

Les auteurs qui soutiennent la théorie du mandat se fondent avant tout sur un argument historique. Le droit romain différenciait les taches élevées comme celles du médecin ou de l'avocat, des taches manuelles ordinairement réservées aux esclaves. Il considérait que le contrat qui s'appliquait aux premières était un mandat, celui qui s'appliquait aux secondes, un louage. Un homme de condition élevée ne pouvait se louer. En droit romain donc, tous ceux qui exerçaient une profession libérale étaient considérés comme les mandataires de leurs clients. La conséquence logique de cette opinion était d'interdire au médecin ou à l'avocat la poursuite en justice de ses honoraires. Le mandat était en effet considéré comme essentiellement gratuit. Il est vrai que le mandataire n'était pas absolument désarmé contre son débiteur. Il avait toujours la ressource d'agir par une « *procuratio extra ordinem* ».

Notre ancien droit, influencé en cette matière comme en bien d'autres par le droit romain, reprit cette théorie du mandat.

Pour Pothier (8) par exemple, le contrat qui intervient entre médecin et client est un mandat. Mais pour justifier les honoraires il usait d'un stratagème. Il disait que celui qui avait reçu des soins médicaux devait faire une libéralité à son médecin, un cadeau qui pouvait consister dans un livre de sa bibliothèque. Il serait moralement tenu de le lui offrir en remerciements de ses soins et pour dimi-

(7) Pothier. *Traité du mandat*, chap. 1, sect. 2, page 96.

nuer sa dette de reconnaissance. Mais pour la diminuer seulement, car on estimait que cette dette était de celles qui ne pouvait jamais s'éteindre en totalité, et que même s'il avait payé des honoraires à son médecin, le malade restait encore son obligé.

Cette explication nous paraît aujourd'hui bien compliquée et bien inutile. Le Code civil, en admettant que le mandat peut être rémunéré (art. 1986 « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ») facilite les partisans de ces théories du mandat qui n'eurent pas besoin de recourir à une fiction pour justifier les honoraires du médecin.

Troplong disserte longuement sur le caractère noble et élevé des professions libérales qui ont pour but avant tout la satisfaction des besoins moraux de l'homme, et non le simple désir du gain « Lorsque ces hommes (les médecins) nous rendent service, nous leur devons quelque chose de plus que de l'argent, et nous ne sommes pas dégagés pour les avoir payés... Ils nous obligent moins par leur art que par leur bienveillance et leur dévouement qu'ils mettent à l'exercer. Je serais ingrat si je croyais que ces hommes dont la profession est de conserver et d'embellir notre vie, sont assez payés par l'argent que je leur ai promis. Si je me suis acquitté du prix de leur travail, je lui dois toujours le prix de leur dévouement et de leur affection. L'argent n'est que l'indemnité de leur temps, tandis qu'il reste dû ce quelque chose qui tient du bienfait, et à qui l'on doit affection et respect « caritas et magna reverentia ». L'argent s'adresse à un labeur matériel, mais il ne paie pas les médecins de leurs mérites: mercedem non merita sed occupationis ». (9).

(9) Troplong. *Du mandat*, tome 2, n° 190 et seq.

Troplong, en conclut que la seule qualification possible est de faire de l'acte du médecin un mandat, répugnant à l'assimiler au maçon, au pilote, à celui qui se loue à la journée. Le louage est réservé « aux arts mécaniques » et l'on ne peut assimiler à aucun point de vue le médecin à un ouvrier. Le mandat s'impose.

Cette théorie du mandat soulève deux ordres de critique. En fait comme en droit, elle est insoutenable.

En fait tout d'abord; elle est basée sur une question de dignité qui n'est plus de mise aujourd'hui. Cette considération nous paraît surannée. Le médecin envisage certainement dans l'exercice de sa profession, la diminution des souffrances humaines. Mais par un désir tout légitime et dont on ne saurait lui faire grief, il cherche aussi à gagner sa vie. De plus, le code ne crée aucune hiérarchie dans les contrats. Le mandat n'est en aucune manière considéré comme ayant un caractère plus élevé qu'un autre contrat, le louage par exemple.

Notre second argument est encore plus probant. Faire du contrat médical un mandat, c'est aller à l'encontre d'un texte précis de notre Code civil, l'art. 1984 « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à un autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Le mandat implique donc une idée de représentation. Le mandant demande au mandataire de faire ou un plusieurs actes juridiques à sa place, de l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers envers lui. Le mandataire agit au nom du mandant et dans la limite des pouvoirs qu'il lui a confiés.

Or, comment pourrait-on soutenir que le médecin représente son client? Il n'accomplit pas l'acte médical à la place du malade lui-même. Il exerce sa profession et agit en son propre nom. Il a une entière liberté d'action qui n'est restreinte que par son honnêteté, sa prudence et

les limites de sa science. Le mandataire ne peut avoir plus de pouvoir que n'en avait le mandant. Seul, un médecin peut mandater un autre médecin.

La théorie qui veut faire du contrat médical un mandat n'est donc pas suffisante. Elle est contraire à l'art. 1984 et laisse dans l'ombre bien des points intéressants.

Remarquons toutefois qu'elle s'applique parfaitement à un cas particulier : lorsque le médecin est lui-même malade. Il appelle un de ses confrères, et le prie de venir à son chevet. Mais ordinairement, le malade veut rester médecin tout de même. Lorsque la maladie est suffisamment bénigne pour le lui permettre, il tient à garder toutes les initiatives. Le médecin appelé n'agit plus qu'au nom du médecin malade. De plus, un tel service sera ordinairement gratuit. En vertu des règles de la confraternité, un médecin qui en soigne un autre, ne lui enverra jamais sa note. Il usera seulement du droit de revanche lorsque l'ayant guéri, il tombera peut-être lui-même malade un jour. Un tel contrat, où l'on trouve à la fois l'idée de représentation et de gratuité n'est-il pas un mandat ?

Mais il ne s'agit là que d'un cas tout particulier, et en règle générale, la théorie du mandat ne peut nous satisfaire. Tâchons d'en trouver une autre.

§ II. — *Théorie du louage de services.*

Le louage de service est régi par l'art. 1780 de notre Code Civil. On a voulu démontrer qu'il s'appliquait entièrement aux rapports malade-médecin. Cujas seul, dans notre ancien droit tout imbu de l'idée de mandat, avait soutenu cette idée de louage de services.

On peut trouver réunis dans la convention qui lie le médecin à son client, les éléments constitutifs du contrat

de louage de services: des services promis, et une rémunération fixée en échange. La doctrine ne se laisse plus arrêter par la considération que le talent et la science ne peuvent pas, comme des œuvres serviles, être estimés en argent. Le médecin se met au service des malades pour tout ce qui touche à son activité, sa science et son expérience. En retour, il reçoit des honoraires. Tout service peut et doit recevoir une rémunération en rapport avec sa valeur.

Le Code Civil lui-même dans ses articles 909 sur l'incapacité relative des médecins de recevoir à titre gratuit et 2101 sur le privilège qui leur est accordé, prévoit indirectement, et sans employer d'ailleurs le terme honoraire que le médecin a droit à une rémunération («disposition rémunératoire» est-il dit dans l'art. 909).

En droit comparé, la théorie qui fait du contrat médical un louage de services est adoptée par le Code Autrichien dans son art. 1163 (10), et par la jurisprudence du tribunal fédéral Suisse. « Les rapports entre un malade et le médecin appelé par lui doivent être appréciés conformément à l'art. 348 du Code des obligations d'après les règles relatives au louage des services » (11).

La terminologie « louage de services » est celle que nous retrouvons dans l'arrêt de la Cour d'Aix qui a été porté devant la Cour de Cassation, et fait l'objet de notre seconde partie « Les relations juridiques, dit la Cour d'Aix, d'un médecin et de son malade, rentrent dans le cadre du contrat de louage de services » (12).

Cette théorie du louage de services nous paraît inacceptable. En effet, il est un critérium que la jurisprudence applique dans tous les cas où il s'agit de déterminer

(10) Rapporté par Troplong. Droit civil, t. 1, n° 223.

(11) Tribunal fédéral Suisse, 10 juin 1892. S. 1892-4-38.

(12) Cour d'Aix, 16 juillet 1931. D. P. 1932-2-5, note Noat.

si l'on est en présence de ce contrat : c'est le fait de recevoir des directives impératives, c'est le fait de la subordination. Elle la considère comme base essentielle du contrat de louage de services.

En réalité, il est très grave de placer ainsi un médecin sous la dépendance de son client. Il ne doit recevoir aucun ordre de lui. Sinon, le médecin n'est plus qu'un simple exécuteur des volontés du client. Les rôles sont renversés. Et l'ont peut même aller jusqu'à dire que le client, qui ne possède aucun titre, se rend coupable du délit d'exercice illégal de la médecine. Le médecin qui exécute alors ses volontés devient son complice.

Sans aller aussi loin, il est aisé de comprendre que le médecin ne doit recevoir aucun ordre de son client. C'est d'ailleurs l'opinion de la jurisprudence. La Cour de Cassation devant laquelle on avait soutenu en 1839 que, le médecin s'engageant directement et immédiatement envers son malade, les règles du louage de service étaient applicables, a repoussé cette opinion (13).

Le médecin n'est en rien subordonné à son client. Il est naturel qu'il fasse passer avant les autres ceux qui sont en très grave danger. C'est là un principe que la jurisprudence a du reste dégagé :

« Attendu qu'on ne peut exiger du médecin qu'il puisse être immédiatement au chevet de tous les malades qui le réclament ; qu'il n'est pas attaché exclusivement à une personne, celle qui demande ses soins, et qu'il faut tenir compte de son éloignement de cette personne et des autres malades qu'il doit dans ce cas abandonner » (13). C'est là une simple question de bon sens.

Aucune subordination n'est non plus possible en ce qui concerne l'acte professionnel qu'il fait au profit du malade. Le médecin doit jouir d'une liberté totale dans l'ap-

(13) Cass. Req. 21 août 1839. S. 1839-1-663.

plication de son art. C'est une nécessité absolue pour l'exercice consciencieux de la profession médicale.

Faire du contrat médical un louage de service, c'est enlever au médecin une trop grande partie de sa liberté. Il n'a plus le libre choix du traitement et peut donc faire endosser à celui dont il reçoit ses ordres une partie de sa responsabilité. Cela l'inciterait à ne plus peser avec autant de soins le pour et le contre de chacun de ses actes, à se montrer moins attentifs dans son comportement.

C'est aussi faire du médecin un salarié du malade, avec toutes les conséquences qu'entraîne aujourd'hui cette situation. Or personne ne songera à admettre qu'un médecin est recevable de la loi sur les accidents du travail lorsqu'il est victime d'un accident d'automobile en se rendant au chevet du malade.

Si cette théorie du louage de services est inadmissible en règle générale, il faut pourtant convenir qu'elle s'applique à un cas, certes particulier, mais qui tend de nos jours à devenir de plus en plus fréquent. C'est celui où le médecin donne ses soins aux malades d'un hôpital, d'un groupement ou d'une entreprise privée : le médecin d'une compagnie de chemins de fer par exemple. Quelle est la nature du contrat qui unit ce médecin à cette entreprise ou cette compagnie dont il soigne les malades ?

Ici, la preuve même de l'existence du contrat est facilitée puisqu'il existe entre eux un acte écrit : lettre de nomination par exemple. Il y aura donc une preuve matérielle de l'existence de rapports contractuels entre l'établissement et le praticien.

Quant à la nature même du contrat, il semble bien qu'il y ait ici louage de service. Le médecin s'est engagé à passer chaque jour à heure fixe, la visite des employés souffrants dans un local déterminé, ou à visiter à domicile

eux que leur état empêche de se déplacer. Il rédige des rapports destinés au chef de l'entreprise. Sa mission est ici de délivrer des certificats plutôt que de soigner.

La nécessité d'une subordination nous a empêché d'accepter le louage de services comme règle générale, et nous estimons pourtant qu'il y a, dans ce cas particulier, louage de service. En réalité, tout dépend de la manière dont on entend la subordination.

Une subordination absolue consisterait, pour le médecin, à subir dans l'exécution du travail toutes les directives et modifications apportées par l'employeur. Or, il n'en est rien ici. Aussitôt qu'il s'agit d'un acte médical, le praticien ne peut plus relever que de sa conscience et de ses lumières.

Une subordination relative au contraire consiste à fournir une présence dans un local déterminé, à des heures fixées. Or, l'exercice de la médecine s'accorde fort bien avec une telle subordination.

C'est la jurisprudence qui a construit elle-même cette théorie de la subordination pour caractériser le louage de services, et elle déclare que la subordination relative suffit à le caractériser. C'est pourquoi nous estimerons que dans le cas du médecin d'une compagnie, d'une société ou d'une usine, il y a contrat de louage de service.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont du reste adopté ce point de vue.

La Cour de Dijon a décidé que le médecin en titre d'un hospice, pouvait par sa fonction engager la responsabilité de celui-ci (15). L'arrêt se fonde sur l'art. 1384 en qualifiant les rapports entre le médecin et l'hospice non de serviteur à maître, mais de préposé à commettant, ce qui implique tout de même un contrat de louage de services.

(14) Cour de Pau. 30 juin 1913. D. 1915-2-94.

(15) Cour de Dijon. D. 1904-2-234.

Le Conseil d'Etat (16) a accordé le bénéfice de l'exemption de la patente rétablie par l'article 17 de la loi du 15 juillet 1889 (17) en faveur des personnes travaillant à gage, du médecin d'une compagnie d'assurance contre les accidents, et dont la fonction est d'examiner les accidents, et de donner son avis sur la nature et gravité des lésions. Administrativement, le contrat médical est donc considéré ici comme un louage de services.

Citons encore la Cour de Pau, qui résume admirablement le droit en la matière.

« Attendu que la veuve D... reproche au docteur R... de ne pas avoir soigné son mari, et d'avoir ainsi manqué à un devoir de sa fonction, à une obligation du contrat de louage de services qui le liait à la compagnie du Midi qui était en droit de lui intimer l'ordre de soigner ses agents malades, qu'il n'est pas douteux que dans cette limite étroite, ce médecin était le préposé de la compagnie; qu'il est non moins certain, qu'une fois au chevet du malade R... comme les autres médecins de la compagnie recevait son indépendance absolue de praticien, et était seul juge des soins à donner et du traitement à suivre, sous le contrôle possible des médecins supérieurs de la compagnie du Midi, mais sans pouvoir recevoir directement de celle-ci, incompétente en la matière, et qui ce faisant aurait d'ailleurs contrevenu aux lois et règlements sur l'exercice de la médecine, des indications relatives à la médication à faire, aux opérations à pratiquer, aux remèdes à donner ou à appliquer ». (18).

Le louage de services ressort encore du contrat passé par les compagnies de chemins de fer avec leur médecin qui décompose ainsi la « rémunération » qui leur est due

(16) Conseil d'Etat, 19 juin 1912. D. P. 1914-3-23.

(17) Loi du 15 juillet 1889. D. P. 1891-4-1.

(18) Cour de Pau, 30 juin 1913. D. 1915-2-94.

1° Une allocation forfaitaire annuelle qui rétribue l'engagement que vous prenez de vous tenir en toutes circonstances à la disposition de la compagnie, les consultations données à votre domicile et votre travail administratif.

Cette honoraire est basé sur le nombre d'agents de la section et l'ancienneté du service du médecin.

Par conséquent, si le nombre des agents qui vous sont confiés augmente, le montant de l'honoraire forfaitaire pourra être majoré; inversement, si ce nombre diminue, l'honoraire forfaitaire pourra subir une réduction.

2° Une indemnité pour les visites à domicile comprenant :

- une indemnité pour perte de temps,
- une indemnité de déplacement ».

Le contrat médical louage de services vient enfin d'être reconnu tout récemment au sujet du droit du médecin-employé à la semaine des 40 heures et au congé annuel payé.

Le docteur Georges Lévy, député du Rhône, avait demandé au ministre du travail, si les dispositions de la loi du 20 juin 1936, modifiant l'article 54 du code du travail et accordant à tout employé occupé dans une entreprise industrielle, commerciale ou libérale le droit à un congé annuel payé, pouvaient être invoquées par un médecin au service depuis plusieurs années d'une compagnie minière et d'une caisse de secours mutuels, nommé par décision du conseil d'administration de ces organismes et rémunéré par un traitement fixe mensuel, et s'il n'y avait pas lieu d'assimiler le médecin aux autres employés de cet établissement pour l'application des lois sociales.

Il lui a été répondu (*Journal Officiel* du 5 février 1937) que :

« Le médecin dont il s'agit doit être considéré comme un employé, et admis de ce fait au bénéfice des congés annuels payés, s'il est lié à la compagnie minière et à la caisse de secours mutuels dont il relève par un contrat de louage de services. Un lien d'une telle nature juridique implique, semble-t-il, outre la fixité de la rémunération, une certaine régularité des heures pendant lesquelles le médecin en cause doit consacrer chaque jour son activité tant à la compagnie minière qu'à la caisse de secours qui l'emploient ».

Lorsque ces conditions de rémunération et de régularité des heures de travail sont remplies, il y a donc bien un louage de services entre le médecin et le groupement auquel il prête son concours.

Mais il ne s'agit là que d'une situation particulière. Nous avons vu que le louage de services ne convenait pas en règle générale.

Cherchons donc un autre critérium.

§ III. — *Théorie de louage d'ouvrage.*

L'art. 1710 du Code Civil définit le louage d'ouvrage « un contrat par lequel une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles ».

En concluant un contrat de louage d'ouvrage « une personne se charge d'accomplir pour une autre un travail déterminé, moyennant un prix calculé d'après l'importance du travail ». Telle est la définition donnée par M. Plagniol. (19).

(19) Plagniol. *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 11, p. 632 n° 1897.

Dans le contrat de louage d'ouvrage, la rémunération du travailleur n'est donc pas proportionnelle au temps, mais fixée d'après l'importance de l'ouvrage. C'est exactement ce qui a lieu lorsque un médecin prodigue les soins à un client. Il est rémunéré à tant par visite, par consultation, par traitement ou opération.

Si l'on veut faire abstraction de toutes considérations de dignité qui sont en dehors de la question qui nous occupe, on doit reconnaître que le malade confie son corps au médecin comme il confierait sa montre à l'horloger. Les nuances occasionnées par les circonstances différentes ne sont qu'accessoires et en définitive les deux contrats sont de la même nature. Comme l'horloger, le médecin s'engage à traiter une matière, le corps que le malade lui confie, à le faire passer, au moyen des ressources de son art, d'un état imparfait à un état meilleur, et reçoit en échange des honoraires.

Il existe donc un contrat par lequel l'une des parties s'engage à traiter, donc à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu. C'est la définition même que l'art. 1710 donne du louage d'ouvrage. Elle s'applique parfaitement au contrat médical.

Dans ce contrat, le *locator operis* n'est rattaché au maître de l'ouvrage par aucun lien de subordination. Il conserve sa pleine indépendance dans l'accomplissement de son travail, auquel il n'est pas astreint de consacrer un temps déterminé et qu'il fait quand il veut. Ce qui importe au patient, maître de l'ouvrage, c'est seulement le résultat de l'activité. Il se désintéresse des moyens mis en œuvre pour l'obtenir.

En effet, le médecin s'engage à faire bénéficier le malade de son activité et de son expérience, à lui fournir tous les soins consciencieux et attentifs qui sont nécessaires pour arriver à sa guérison quand elle est possible, sinon

à une amélioration de son état ou à un soulagement de ses souffrances. Dans ce but, le malade lui laisse les pleins pouvoirs, une indépendance absolue dans la technique de son art et dans le choix des procédés de traitement. D'un autre côté, le praticien est aussi maître de son temps. Il va rendre visite au malade aussi souvent qu'il le juge nécessaire, et non pas aux heures fixées par ces derniers, mais à celles qui lui conviennent le mieux.

C'est donc bien un contrat de louage d'ouvrage qui le lie au malade, louage d'industrie disent MM. Josseraud et Capitant.

Comme tout entrepreneur d'ouvrage, comme l'architecte par exemple, le médecin doit soumettre ses plans et devis, le plan c'est-à-dire la description de l'ouvrage fini, le devis c'est-à-dire le coût de cet ouvrage. On ne saurait évidemment exiger du médecin la même précision que de l'architecte. L'appréciation de l'œuvre de l'architecte est déjà difficile. Celle de l'œuvre du médecin le sera encore plus. Il existe en effet entre elles une différence essentielle du fait qu'il n'est pas possible d'assimiler l'immuable pérennité d'un édifice à l'évolution constante d'un être vivant. Le médecin n'en est pas moins tenu, dès que l'interrogatoire, l'examen et les épreuves de laboratoire lui ont permis d'établir ce qu'il y a lieu de faire, de soumettre à son client les résultats probables ainsi que les risques possibles de l'intervention qu'il propose afin que celui-ci puisse y consentir en connaissance de cause.

Pour parvenir à ce résultat, le médecin a le choix des moyens, dans les limites du risque accepté par le malade. En revanche, il s'engage à l'atteindre, à moins de circonstances fortuites, d'évolution imprévisible de la maladie, ou de vice inéluctable « du terrain ». Le médecin ne contracte pas sans savoir à quoi il s'engage, puisqu'il a dû se mettre en mesure, par la clinique ou le laboratoi-

re au besoin par l'avis d'un consultant, de savoir ce qu'il pouvait promettre. Il ne s'oblige pas non plus à l'impossible puisqu'il lui appartient de fixer lui-même les limites de son engagement.

Et nous faisons remarquer, que si nous rangeons le contrat médical parmi les louages d'ouvrage, la phrase pourtant bien connue de M. Demogue « Le médecin contracte une obligation de moyens, non de résultat » (20) est désormais discutable.

Dans le louage de service le maître, prenant à sa charge la responsabilité du résultat, impose à l'ouvrier la technique qu'il doit suivre pour y parvenir. Il n'y a pour celui-ci qu'une obligations de moyens. Mais les positions sont changées lorsqu'il y a louage d'ouvrage. Le maître exige un ouvrage achevé et parfait. Le locator operis conserve le choix et la responsabilité des moyens. Il y a donc pour lui une obligation de résultat.

Pour apprécier cette obligation de résultat, nous faisons remarquer que l'engagement du médecin ne constitue pas nécessairement une garantie de guérison. Sauf spécification contraire, les obligations contractuelles ne sont pas absolues. Dans le cas du louage d'ouvrage, le Code Civil prévoit notamment de façon formelle trois cas où l'inexécution du contrat n'est pas imputable au locator operis : ce sont le cas fortuit, la force majeure et le vice de la manière. Si donc le médecin n'est pas responsable de l'incurabilité de la maladie ou des vices de la constitution du malade, ce sont là des exceptions prévues par le Code. Si dans l'application d'un art aussi incertain que la médecine, sur une matière aussi périssable que le corps du malade, ces propositions prennent une impor-

(20) Demogue. *Traité des obligations*, tome 5, n° 1237, tome 6, n° 180.

tance toute particulière, cela ne constitue pas une raison suffisante pour modifier la nature du contrat.

Le contrat médical reste un louage d'ouvrages. Mais les circonstances imprévisibles sont si nombreuses en matière médicale que, peut-on dire, le médecin doit mettre à la disposition du client toutes les ressources de son art tendant à un résultat qu'elles obtiendront si tout se passe normalement.

L'obligation du résultat a d'ailleurs été admise sinon en droit du moins en fait par la jurisprudence. C'est une tendance bien humaine et dont on ne saurait faire grief aux juges: ils s'inspirent dans leurs jugements des faits de la cause plus souvent que des grands principes juridiques.

Dans un jugement du 5 janvier 1924 (21) le tribunal de Lyon, 1^{re} Chambre adoptant l'avis des experts a estimé qu'il y avait eu faute du chirurgien en raison de l'insuffisance du diagnostic (grossesse prise pour un kyste de l'ovaire). Toutefois, la famille fut déboutée de sa demande, parce qu'il n'avait pas été établi que cette faute avait été la cause de la mort de la mère et de celle de l'enfant.

Deux arrêts récents de la Cour de Paris, d'ailleurs sur la même matière, tiennent compte dans leurs décisions des résultats obtenus.

Dans le premier, (22) le médecin n'est pas tenu pour responsable, et nous trouvons dans les attenus « Alors surtout qu'à la suite d'une seconde opération, la compresse a été expulsée, et qu'il n'est résulté aucun dommage pour le malade ».

Dans le second, (23) le médecin est condamné, l'aban-

(21) Rapporté par Donnadiou de Vabres au XVI^e Congrès de Médecine légale.

(22) Cour de Paris, 16 avril 1934. D. H. 1934, 321.

(23) Cour de Paris, 29 oct. 1934. D. H. 1934, 609.

don de la compresse ayant causé un grave préjudice à la santé du malade.

Nous concluerons ce paragraphe en estimant qu'à notre avis, le louage d'ouvrage convient parfaitement au contrat médical. Cette solution a le mérite de ne pas porter atteinte à la dignité du médecin qui pourra sans déchoir être qualifié « d'entrepreneur des soins »

Mais cette solution, dont le bon sens nous semble évident, n'a pas rallié tous les suffrages de la doctrine et de la jurisprudence.

§ IV. — *Théorie du contrat innommé.*

Devant les difficultés que nous avons rencontrées pour classer le contrat médical dans les catégories de contrat réglementés par le Code, on a pensé à en faire un contrat sui generis, innommé, essentiel.

Le mouvement a été déclenché par un arrêt de la Cour de la Cassation (24) et la note de M. Falcimaigne. « En résumé, toutes ces tentatives pour faire rentrer les engagements que nous étudions dans le cadre d'un contrat défini ont été infructueuses. Leur réglementation ne peut être cherché que dans la théorie générale des obligations qui suffit d'ailleurs à la fournir ».

Cette idée a été reprise depuis par quelques cours et tribunaux (25). Tout récemment, le tribunal civil de Belfort (26) dit : « Attendu que chaque fois que la responsa-

(24) Cass. 3 mars 1926. D. 1927-1-93.

(25) Cour de Besançon, 20 mars 1933. G. P. 1933-2-618 et D. H. 1933, 299.

Tribunal de Corbeil, 7 avril 1933, rapporté par Letort. Archives du Droit médical, 1^{er} juillet 1933.

(26) Trib. civil de Belfort, 19 décembre 1934. Gaz. Pal., 1935-1-915 sous-note b.

bilité d'un médecin est à discuter il échet de décider sauf de peu nombreuses exceptions, qu'il existe un contrat sui generis parfois implicite entre le médecin et le malade ».

Il est à remarquer que cette théorie toute nouvelle a été soutenue par des cours et tribunaux que l'on peut nommer précurseurs, puisque, antérieurs à l'arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936, ils qualifient pour la plupart la responsabilité des médecins d'uniquement contractuelle.

C'est aussi « contrat innommé » qu'est qualifié le contrat médical dans les conclusions de M. le procureur général P. Matter pour cet arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936

A notre avis, il semble inutile de nous contenter pour le contrat médical des règles générales en matière de contrat, c'est une solution qui n'en est pas une, laissant la question entière en suspens. On doit toujours s'efforcer dans la mesure du possible à faire rentrer les contrats dans les cadres déterminés et voulus par le législateur.

Quoique cette opinion nous paraisse erronée, nous devons la mentionner puisque c'est peut-être celle de l'avenir.

SECTION III

SITUATIONS EN DEHORS DU CONTRAT MÉDICAL

Il est des cas où les rapports malade-médecin sont extérieurs au contrat médical ou, en tout cas, accessoires. Nous voulons examiner ici la situation du malade bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et du médecin jouant le rôle de gérant d'affaire.

§ I. — *Malade bénéficiaire d'une stipulation pour autrui*

Le médecin, avons-nous vu, est lié par un contrat de louage de services au groupement, hôpital ou société dont il soigne les membre. Mais ce contrat, passé entre le médecin et le groupement ne règle que les rapports entre les co-contractants. Or le médecin dans l'exercice de sa fonction entrera en rapport direct avec les malades. Qu'elle est alors sa situation vis-à-vis d'eux?

Le médecin est en effet dans une situation toute particulière. Il est obligé de faire bénéficier de sa science et de son expérience sans pouvoir les refuser, des personnes qu'il n'a jamais vues, qu'il ne connaissait pas la veille, qu'il ne connaîtra jamais que tout à fait accessoirement par leur nom.

Le malade de son côté est dans une situation non moins particulière. Il confie le soin de sa santé à un particulier qu'il ne connaît pas, qu'il n'a pas choisi librement, et qu'il ne peut refuser sans perdre de très grands avantages.

Entre eux, le règlement des honoraires ne se fait pas directement. Le médecin est payé par l'administration qui a elle-même effectué des retenues régulières et forfaitaires sur le salaire du malade.

Comment analyser juridiquement cette situation ? Il semble qu'il y ait ici une stipulation pour autrui.

D'après la doctrine courante, la stipulation pour autrui est un contrat accessoire à une convention principale. C'est bien le cas ici puisque les rapports du médecin et du malade sont les conséquences du contrat de louage de services passé entre le médecin et l'entreprise commerciale, industrielle ou hospitalière.

Le médecin (promettant) s'engage envers l'administration (stipulant) à faire quelque chose pour le bénéficiaire

(les malades). Telle est la définition de la stipulation pour autrui, qui, on le voit, correspond parfaitement à la situation que nous étudierons.

Oui, mais dira-t-on, l'art. 1121 du Code Civil exige une condition « On peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». En est-il ainsi dans notre cas ?

Ce texte, on le sait, est un dernier vestige de la vieille prohibition de la stipulation pour autrui en droit romain. La jurisprudence l'a interprété très libéralement. Elle décide qu'un intérêt quelconque matériel, ou moral, est suffisant. L'exception est plus large que la règle qui n'est plus qu'un souvenir.

Dans l'hypothèse que nous examinons, cet intérêt du stipulant n'est pas difficile à découvrir. S'il s'agit d'un hôpital, cet intérêt est vital et se confond avec le but même. Un hôpital s'offre à ceux qui souffrent pour leur procurer les soins que nécessite leur état. Et s'il s'assure le concours de médecins, c'est uniquement pour réaliser ce but. De même pour une société de secours mutuels. L'intérêt existe aussi, quoique moins évident, pour une entreprise industrielle ou commerciale. Elle a intérêt à ce que ses ouvriers soient visités par un médecin dont elle connaît la probité qui ne délivrera pas des certificats de complaisance.

La stipulation pour autrui qui existe dans notre cas, est donc conforme aux exigences de l'art. 1121. Mais ne va-t-on pas se heurter à une autre prohibition ? Il est interdit de stipuler au profit de personnes indéterminées ou futures. Or, lorsque le médecin s'engage, il promet des soins aux malades, c'est-à-dire aux employés présents et futurs qui nécessiteront ses soins. Les bénéficiaires ne peuvent pas être déterminés nominativement.

Ici encore, l'interprétation de la doctrine et de la juris-

prudence est des plus larges. L'indétermination en effet, n'est que temporaire. Le terme générique de malade que porte le contrat se fixe bientôt sur la tête de tel ou tel ouvrier qui en devient le bénéficiaire. Il y a donc bien stipulation pour autrui.

Et nous en voyons une conséquence intéressante dans l'existence au profit du bénéficiaire d'une action directe qu'il peut exercer contre le promettant pour lui réclamer l'exécution de son engagement. Lorsqu'il y a faute de la part d'un médecin d'hôpital ou d'entreprise privée, la victime a le droit d'agir contre le médecin. Mais il faut qu'il s'agisse d'une faute purement médicale, professionnelle. S'il y a faute dans l'administration intérieure et matérielle de l'établissement, c'est la direction qui peut être poursuivie par le malade.

La distinction a été faite pour le médecin militaire par deux décisions intéressantes de la Cour de Cassation.

Dans la première (27) le décès était du à une erreur sur le diagnostic et l'efficacité des remèdes prévus donc une faute de service. Dans la seconde (28) le décès était du à la faute lourde ayant consisté dans le refus de donner des soins à l'homme, sous prétexte qu'il s'agissait d'un alcoolique et dans l'incarcération de celui-ci. Le médecin, avaient décidé le tribunal et la Cour de Bourges a inexactement interprété son devoir concernant la discipline, donc faute de service. Non, a répondu la Cour de Cassation, il n'y a aucune interprétation du règlement militaire. Il y a faute personnelle donc compétence judiciaire.

Cette dualité de responsabilité découle de la dualité de contrat qui existe dans les cas où le médecin donne ses

(27) Req. 20 janvier 1926. Gaz. Pal 1926-1-424. S. 1926-1-101.

(28) Civ. 12 juin 1923. Gaz. Pal. 1923-2-319. S. 1924-1-23.

soins aux malades d'un hôpital ou d'une entreprise privée: louage de service pour une part qui supprime sur son terrain toute responsabilité pour le médecin, et stipulation pour autrui qui régit tout l'exercice technique de l'art du praticien, mais laisse entière toute sa responsabilité.

Certes, déterminer le contrat dont doit découler la responsabilité et partant le responsable, n'est pas toujours aisé. Mais la jurisprudence ne s'est pas laissé arrêter par ces difficultés. Elle a décidé (23), que la stipulation pour autrui étant ici l'accessoire au louage de service, c'était la responsabilité de l'administration qui devait être présumé; celle du médecin, découlant du contrat accessoire devant être prouvée.

Nous avons donc vu le cas particulier du médecin qui agit en vertu d'une stipulation pour autrui. Nous allons voir un autre cas particulier.

§ II. — *Médecin jouant le rôle de gérant d'affaire*

La gestion d'affaire est régie par les art. 1372 à 1375 inclus de notre Code Civil. Ce quasi-contrat qu'ils déterminent s'applique dans un cas particulier aux rapports du médecin avec ses malades. C'est celui où il s'occupe d'un malade de sa propre initiative, sans que ce dernier ait pu manifester la moindre volonté de se faire soigner, et que personne ne peut être considéré comme l'ayant fait à sa place.

C'est ce qui arrive fréquemment dans les accidents qui mettent en péril la vie d'un individu en le privant temporairement de toutes ses facultés. La vie moderne, il faut

(29) Arrêt de Pau, précité.

rien le reconnaître, est devenue de plus en plus dangereuse. Les progrès de la mécanique, à côté des avantages certains qu'ils réalisent, ont aussi créé une insécurité de tous les instants. La circulation urbaine, pour aussi bien réglée qu'elle soit, est cause d'accidents répétés. Aux risques déjà nombreux qui menaçaient autrefois l'existence de l'homme, viennent s'ajouter les dangers innombrables créés par le monde moderne.

On a trouvé une personne étendue sans connaissance sur la route, victime d'un accident d'auto par exemple, ou plus simplement d'une défaillance de son organisme.

C'est tous les jours que l'on relate de tels faits. La victime est évanouie et nécessite des soins immédiats. Un passant charitable va prévenir un praticien du voisinage, ou bien, par un hasard providentiel, un médecin se trouve sur les lieux et n'obéissant qu'à la voix de sa conscience, se porte spontanément au secours du blessé.

Dans quel concept juridique allons-nous classer les rapports de fait qui naissent ainsi entre le médecin et le malade? Il semble bien difficile de dire qu'il se forme ici un contrat. En effet, aucun accord de volonté n'a pu se produire entre le praticien et le malade qui se trouvait dans l'incapacité absolue de manifester son consentement d'une manière quelconque. Le témoin de l'accident qui prévient le médecin, et disparaît ensuite, anonyme, sans plus s'occuper du blessé, ne peut être considéré que comme ayant accompli un acte désintéressé, sans effets juridiques. Au contraire l'intervention du médecin produira forcément des conséquences.

Pourquoi ne pas admettre ici qu'il s'agit d'une gestion d'affaire? La situation est bien celle régie par le Code.

Le premier élément essentiel du quasi-contrat de gestion d'affaire est la volonté du gérant d'agir dans l'inté-

rêt du maître de l'affaire qui peut sur le moment, ignorer tout de cette gestion. Cet élément volontaire existe affectivement chez le médecin qui s'efforce de faire revenir à lui le malade, et lui dispense dans ce sens, toutes les ressources de son art. Et le malade est ici, par définition, incapable de se rendre compte des soins qui lui sont prodigués. Comme un bon gérant d'affaire, le médecin s'occupe du blessé jusqu'à ce qu'il ait repris connaissance et puisse se rendre compte de sa situation. Il pourra alors appeler son médecin habituel, et la gestion d'affaire cessera. Si, content du médecin que le sort a mis sur sa route, il le prie de continuer à lui donner des soins, la gestion d'affaire se transformera en louage d'ouvrage, contrat, qui, avons-nous vu, régit d'une manière générale, les relations entre malade et médecin.

Le médecin, agit bien ici dans l'intérêt du maître de l'affaire, puisqu'il sauve le bien le plus précieux que possède l'homme : sa santé, sa vie. Remarquons toutefois que la gestion d'affaire est fort peu vraisemblable lorsque le praticien viendra en aide à une personne qui avait tenté de se suicider, et qu'on trouve seulement sans connaissance. On ne sait s'il agit dans son intérêt. Il agit en tout cas contre sa volonté manifestée d'une manière très nette, par la tentative de mettre fin à ses jours. Le cas est heureusement assez rare. Et d'ailleurs, on voit peu comment un suicidé qui s'est manqué viendrait devant les tribunaux réclamer des dommages intérêts au médecin qui lui a sauvé la vie contre son gré.

La gestion d'affaire règle donc les obligations du médecin qui intervient immédiatement après un accident dont la victime n'a pas encore repris connaissance. Les obligations sont régies par l'art. 1372 qui les assimile à celles qui résulteraient d'un mandat exprès qu'aurait donné le maître.

Le maître de l'affaire, c'est-à-dire le client devra par contre, en vertu de l'art. 1375, indemniser le praticien du mal qu'il s'est donné, des frais qu'il a supporté et du temps qu'il a perdu, bref, lui verser des honoraires ainsi estimés.

Dans les deux cas particuliers que nous venons d'étudier, il ne pouvait y avoir contrat médical puisque le malade n'avait pas de plein gré choisi son médecin. C'est donc que son consentement est nécessaire à la formation du contrat, comme d'ailleurs le consentement du médecin. C'est ce que nous allons voir dans une 4e section.

SECTION IV

FORMATION DU CONTRAT MÉDICAL

§ I. — *Le consentement du médecin.*

La médecine est une profession libérale. C'est donc libre que l'homme qui l'exerce est libre d'accorder ou de refuser ses soins.

Certains ont pourtant estimé que le médecin ne peut refuser ses soins à ceux qui les lui demandent, et ce, en vertu de la loi du 30 nov. 1892 qui, réglant l'exercice de la profession médicale, exige un diplôme chez tous ceux qui veulent pratiquer l'art de guérir. Elle le transforme donc en monopole. Or, la contre-partie nécessaire de tout monopole, c'est l'obligation pour celui qui en est investi de prêter son ministère à tous ceux qui le sollicitent. Le médecin, en vertu de cet argument devait toujours déférer à l'appel du malade.

Il n'en est rien. De même qu'un consentement du malade est nécessaire avant toute intervention, de même un

médecin ne doit prêter son concours que s'il le veut. Ces deux conditions sont, aussi nécessaires l'une que l'autre à la réalisation du contrat médical.

La situation du médecin est analogue ici à celle de l'avocat. A part le cas où il est désigné d'office pour plaider une affaire d'assistance judiciaire, nul ne songe à discuter le droit qu'il possède de refuser de s'occuper d'une cause qu'on lui propose.

La jurisprudence entend même cette liberté pour le médecin d'accepter ou de refuser de donner ses soins d'une manière si large, qu'elle déclare qu'il n'est pas tenu de s'occuper d'un malade, alors même qu'il n'y a pas d'autre praticien dans le pays. (43).

Mais cette liberté de l'homme de l'art de prêter son ministère tombe dans certaines circonstances: lorsque les textes légaux lui imposent d'apporter son concours.

La restriction apportée à la liberté du médecin est celle que précise la loi du 30 nov. 1892 dans son art. 23.

« Tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de la justice, sous les peines portées à l'article précédent » (25 à 100 fr. d'amende). Il y aura réquisition de justice quand les services du médecin seront demandés par un magistrat et auront pour objet la recherche ou la constatation d'un crime ou d'un délit. Les magistrats pouvant requérir le praticien sont: le procureur de la république, ses substituts, le juge d'instruction, les présidents de cours et tribunaux, le commissaire de police, les officiers de gendarmerie, juges de paix et maires.

De plus la jurisprudence, se fondant sur l'art. 475-12e du code pénal, qui punit d'amende toute personne qui aura refusé le concours de son art en cas d'accident ou de calamité publique, permet à l'autorité administrative,

[(43) Châteauroux, 1^{er} août 1908. Gaz. Pal 1908-2-368.

c'est-à-dire aux préfets de requérir le ministère des médecins lorsque ces circonstances se présentent. Elle assimile même parfois à ces accidents des accidents individuels. (44).

En dehors de ce cas particulier où il y a obligation légale, le consentement du médecin est nécessaire à la formation, du contrat comme il se doit en règle générale.

§ II. — *Le consentement du malade.*

La convention se forme par le consentement des parties qui s'obligent. Pour qu'un contrat médical puisse porter des conséquences, il faut donc le consentement des deux parties en cause: praticien et patient.

C'est une utopie de prétendre que le médecin contracte avec son malade par le seul fait de répondre à son appel ou de lui ouvrir sa porte. Le médecin ne s'engage pas à soigner un malade qu'il ne connaît pas et le malade n'accepte pas un traitement qu'il ignore. Un tel engagement est assez grave, ses conséquences sont assez importantes pour qu'il mérite de n'être pas pris à la légère.

Il y a une promesse de se mettre à la disposition du client, une promesse de contracter, et cette promesse est réalisée dès que médecin et malade sont en présence. La nécessité et l'urgence des soins du médecin, l'intérêt qu'il y a pour le malade à être certain de la présence de celui-ci en cas de besoin, la sécurité qui en résulte pour lui suffisent à justifier amplement l'importance d'une telle promesse.

Mais le contrat médical lui-même ne se conclut pas par personne interposée ou par téléphone. Il se conclut au lit du malade, directement entre les intéressés, par la proposition et l'acceptation du traitement.

(44) Cass. 4 avril 1919. S. 1923-1-235.

On voit dès lors la nature exacte de ce consentement. Il n'est pas nécessaire pour le justifier d'invoquer la déclaration des droits de l'homme et la constitution de l'an II comme le faisait un arrêt du tribunal civil de Lyon — que nous nous excusons de citer ici puisqu'il est postérieur à l'arrêt du 20 mai 1936.

« Attendu que du principe de liberté établi par l'article premier de la déclaration du 3 sept. 1791, il suit que nul ne peut être opéré sans son consentement, hormis le cas où il ne peut librement l'exprimer » (32).

Ce fondement original de la nécessité du consentement ne fut pas d'ailleurs reconnue en appel devant la cour qui résuma le droit en la matière :

« Attendu que les premiers juges ont à bon droit déclaré, et sans qu'ils eussent besoin d'invoquer la déclaration des droits de l'homme et la constitution du 3 sept. 1791 que nul en principe ne peut être opéré sans consentement.

« Attendu que la preuve de ce consentement incombe au médecin; attendu qu'à juste titre encore les premiers juges ont refusé de considérer le simple silence du malade comme une manifestation de volonté suffisante » (33).

Mais le malade ignore très souvent tout de l'art de guérir et de sa maladie. Comment alors considérer son consentement comme sérieux si le médecin lui disant simplement « Je vais vous faire telle opération qui s'impose acceptez-vous ? », il répond affirmativement ?

C'est pourquoi le médecin devra le prévenir des dangers que l'opération projetée peut lui faire courir, des chances de réussite ou d'insuccès de la difficulté plus ou

(32) Tribunal civil de Lyon, 27 juillet 1936. Index médical du 2 février 1937.

(33) Cour d'appel de Lyon, 1^{re} Chambre, 6 janvier 1937, même référence.

moins grande de l'opération. C'est là ce que décide la jurisprudence d'une manière constante (34).

Cette conception de l'avertissement n'a pas été sans soulever de nombreuses objections dont le Tribunal d'Amiens s'est fait l'écho.

« Considérant que le danger d'une mort subite paraît résider surtout dans l'impressionnabilité personnelle du client que cette impressionnabilité et par suite le danger lui-même seraient augmentés si on le prévenait de tous les périls... considérant que le devoir du médecin est au contraire de rassurer le malade, de lui inspirer confiance, de chercher à bannir de son esprit des appréhensions qui ne pourraient que lui être funestes » (35).

Les mêmes considérations sont reprises par l'annotateur, M. Perreau (36).

« Il est en effet inadmissible que l'on attire l'attention du malade avec une pareille insistance. La simple humanité défendait déjà de développer devant lui des considérations non seulement ressemblant à un refus de soulager, mais encore lui faisant un épouvantail de l'opération sur laquelle il compte pour sa guérison. La plus vulgaire prudence interdit rigoureusement d'entrer dans des explications capables d'éveiller chez le malade les craintes les plus vives, l'émotivité suffisant parfois à occasionner le décès, et la crainte de la mort paraissant contribuer grandement à l'amener par inhibition ».

(34) Tribunal de Liège, 27 nov. 1889. D. 1871-2-281.

Alger, 17 mars 1895. D. 1895-2-69.

Château-Thierry, 2 juin 1905. D. 1905-5-41.

Paris, 22 janv. 1915. S. 1913-2-97.

Trib. Seine, 14 déc. 1920. D. 1921-2-27.

Paris, 20 nov. 1924. Gaz. Pal. 1925-1-166.

Paris, 28 juin 1923. D. 1924-2-116.

Douai, 23 juin 1924. Rec. Douai. 1924, 318.

(35) Amiens, 14 fév. 1906. D. 1907-2-44. S. 1909-2-225.

(36) Note Perreau, sous Amiens, précité.

Donc, si le consentement du malade ne doit être donné qu'en connaissance de cause, la jurisprudence admet cependant que le médecin n'a pas à indiquer l'aléa de l'opération au client qui par suite de sa condition intellectuelle ou sociale soit déjà à quoi s'en tenir, ou à celui qui pourrait en concevoir une crainte préjudiciable au résultat heureux de l'intervention.

Le consentement cela va sans dire, ne doit être requis que lorsqu'il s'agit d'un remède ou d'un moyen d'exploration qui expose le patient à certains dangers :

— l'inoculation d'un virus ou d'un sérum par suite des réactions qu'elle peut produire et des accidents assez fréquents qu'elle entraîne (37).

— l'exploration par la radiographie ou tout autre procédé présentant des inconvénients pour la santé (38).

— les traitements par l'électricité et la radiothérapie (39).

Ce serait méconnaître l'esprit de la jurisprudence que de dire que le médecin doit s'assurer le consentement du malade dans tous les cas où il est amené à pratiquer sur lui un examen ou à le soumettre à une thérapeutique. Il n'est pas besoin d'insister sur l'énorme complication que cela entraînerait pour l'exercice de la profession médicale.

Mais la nécessité du consentement entraîne des difficultés d'application assez grandes en ce qui concerne la détermination des personnes dont il doit émaner.

En principe, ce consentement doit être donné par le malade lui-même puisque c'est lui qui est partie au con-

(37) Lyon, 15 déc. 1859, sous-note S 1909-2-321.

Trib. civ. de Grasse, 27 mai 1935. Gaz. Pal. 1935-2-341.

(38) Cour d'Aix, 22 oct. 1906. S. 1909-2-321 et D. 1907-2-41 note Méringhac.

(39) Trib. civ. de la Seine, 20 mars 1911. Gaz. Pal. 1911-2-39

trat. Mais il n'est pas difficile d'imaginer des cas où le malade est dans l'impossibilité de consentir à un traitement, ou bien, où l'on ne peut raisonnablement tenir compte des manifestations de sa volonté.

La Cour d'Aix a posé en 1906 le principe suivant : « Pour pratiquer une opération, l'homme de l'art doit y être autorisé par le malade ou par la personne sous l'autorité de laquelle le malade se trouvent » c'est-à-dire par son représentant légal (40).

Pour le mineur par exemple, le médecin doit toujours en référer à ses parents, ou à défaut, à son représentant légal. (41).

Pour la femme mariée au contraire, la jurisprudence ne subordonne pas les opérations à l'assentiment du mari. (42).

Remarquons en effet que ici, la capacité ne coïncide pas avec la capacité juridique. Le consentement émanant d'une personne autre que l'intéressé n'est jamais qu'un pis aller auquel on ne doit recourir que lorsque on ne peut demander l'avis du malade, parce qu'il est trop jeune par exemple.

Quant à ses conséquences, le consentement n'est pas une décharge absolue pour le médecin. Il n'a aucun effet sur la notion de la faute médicale. Le médecin est toujours tenu des mêmes obligations de prudence et de respect des règles de la profession. S'il les enfreint, il peut toujours être responsable délictuellement dans les conditions que nous étudierons dans le chapitre suivant.

Au contraire, le praticien qui a agi sans autorisation est responsable, non seulement de sa faute technique, mais encore des conséquences dommageables que l'opération peut avoir pour le patient.

(40) Aix, 22 oct. 1906, précité.

(41) Trib. de Montpellier, 15 déc. 1909. Gaz. Pal., 1910-1-187.

(42) Toulouse, 26 oct. 1932. D. 1933-2-107.

Le contrat est formé, étudions-en les conséquences. Nous ne verrons que celles qu'il entraîne pour le médecin. Leur contre-partie est dans l'obligation pour le client de verser des honoraires et ne rentre pas dans le sujet de notre étude.

SECTION V

CAS EXCEPTIONNELS DE RESPONSABILITÉ RATTACHÉS DÈS AVANT 1936 AU CONTRAT MÉDICAL

Tout en reconnaissant en général à cette responsabilité un caractère délictuel comme le chapitre suivant le montrera, la jurisprudence avait du, dès avant 1936, reconnaître dans certains cas exceptionnels à cette responsabilité une nature contractuelle.

Notamment, le départ entre les deux responsabilités avait été proclamé nettement par un arrêt de la Cour de Lyon, 2e Chambre du 19 Mars 1935 (30).

«S'il existe bien entre le médecin et son client un contrat, le médecin s'engageant à donner des soins et le client à les rémunérer, il ne peut y avoir de faute contractuelle qu'en cas de manquement à ces obligations, si le médecin ne procure pas les soins promis ou les interrompt sans motif grave; au cas d'insuccès ou d'accident au cours du traitement, s'il est dû à une faute de sa part, cette faute réside non plus dans un manquement au contrat, mais bien dans l'inobservation des prescriptions professionnelles de l'art médical, c'est-à-dire dans une faute délictuelle ou quasi-délictuelle ».

(30) Cour de Lyon, 19 mars 1935. Gaz. Pal., 1935-1-914.

C'est aussi l'opinion de M. Nast.

« Que le médecin soit contractuellement tenu de fournir des soins, cela n'est pas douteux; car l'objet du contrat médical, c'est le traitement du malade. Aussi bien, le médecin commet une faute contractuelle s'il refuse de donner les soins qu'il a promis, ou si sans motif sérieux, il abandonne son malade en cours de traitement » (31).

Ainsi le contrat médical n'est générateur de responsabilité que dans deux cas: le refus de soins promis et l'abandon de malade.

§ I. — *Le refus des soins promis.*

C'est par exemple le cas du médecin communal. Certaines petites communes, dépourvues de médecin, leur offrent pour les attirer certains avantages matériels: le logement quelquefois, toujours une subvention annuelle. Le médecin qui dans ces conditions, refuserait ses soins en cas d'urgence et sans motifs plausibles, la maladie par exemple, serait sans doute poursuivi, condamné à des dommages-intérêts.

De même, les municipalités de certaines grandes villes ont créé des postes de médecin de quartier, véritables fonctionnaires tenus de répondre à tout appel.

Il y a d'autres cas d'obligations contractuelles acceptées par le médecin et auxquelles il ne peut se soustraire.

Le médecin d'un hôpital ou d'un hospice, le praticien chargé du service médical d'une entreprise privée et qui reçoit un traitement fixe pour les soins qu'il donne à une certaine catégorie de personnes, désignés par la convention ne peut se dérober et la renvoyer si un malade

(31) Marcel Nast. Noté au D. P. 1932-2-5.

appartenant à cette catégorie se présente à lui. Il est tenu contractuellement. (45).

C'est le cas aussi des médecins d'administration, des médecins d'usine, qui doivent leurs soins toutes les fois qu'ils sont requis dans les limites du contrat. C'est ainsi qu'en a jugé le tribunal de Pau qui reconnaît que les intéressés peuvent agir directement contre le médecin, validant ainsi cette « médecine à trois » selon l'expression originale de P. Guérin. (46).

« Attendu que la compagnie des chemins de fer du Midi, en stipulant avec le docteur Ribeton qu'il donnerait ses soins aux employés de la section, a stipulé non dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt des dits employés, qu'ainsi un lien de droit s'était établi entre ceux-ci, au nombre desquels était Duvigneau, et le docteur Ribeton: et que par suite Duvigneau a pu valablement engager une action directe contre ce dernier ». (47).

D'une façon plus générale enfin, est responsable contractuellement, le médecin qui a promis ses soins à un particulier. S'il ne respecte pas son engagement, nul doute qu'il soit condamnable.

En 1899, dans son cours sur la responsabilité médicale, M. le professeur Brouardel dit « C'est ainsi que le médecin qui a promis à une femme de l'assister au moment de son accouchement, et qui fait défaut ce moment venu, cause un préjudice grave à sa cliente, et par conséquent, est passible de dommages-intérêts. Si, comme cela peut se produire pour le médecin accoucheur, il est retenu auprès d'une de ses clientes au moment où une autre se sentant prise des douleurs de l'accouchement fait récla-

(45) Cambrai 15 mars 1900. G. P. 1900-2-8.

(46) P. Guérin. Thèse méd. 1928, Paris: *L'Etat contre le médecin*.

(47) Pau, 30 juin 1913. D. P. 1915-2-49.

mer ses soins, il doit prévoir le cas et la faire assister par un confrère ».

La chose se conçoit aisément, l'exemple de M. le Professeur Brouardel est admirablement choisi. Une famille, attendant dans un moment critique comme celui de l'accouchement un médecin qui a promis de venir et qui ne vient pas, ressent une angoisse profonde et légitime. Deux vies sont en effet en jeu, celle de la mère et celle de l'enfant. Le médecin qui fait défaut, en dehors de circonstances indépendante de sa volonté, commet certainement une faute grave.

La jurisprudence condamne aussi l'homme de l'art qui a volontairement tardé à se rendre auprès du malade, ce qui a rendu ses soins inefficaces. (48).

Mais les règles générales en matière de responsabilité continuent à s'appliquer ici. Et le demandeur devra prouver la relation de cause à effet entre le refus de soins et le dommage subi. Il faut prouver que c'est l'engagement pris par le médecin d'apporter son concours qui a empêché de faire appel à temps à un de ses confrères. (49).

De même encore, la charge de la preuve de cette promesse faite par le docteur, est à la charge du malade.

Ainsi lorsque le médecin a promis ses soins, il ne peut plus refuser de les donner sous peine d'une responsabilité contractuelle. C'est pourquoi de même, ayant commencé à le soigner il ne doit pas l'abandonner.

§ II. — *L'abandon de malade.*

Lorsque les soins sont commencés, il n'est pas douteux qu'une interruption de traitement à une période critique

(48) Amiens, 16 nov. 1857. Rapporté par Sénier. *De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique*, thèse Toulouse, 1929.

(49) Pau, 1^{er} mai 1900. D. 1902-2-33.

de la maladie, peut déterminer chez le malade une aggravation de son état, la mort même.

Il est donc légitime que le médecin qui a commencé à soigner un malade lui donne ses soins jusqu'au moment où ils ne sont plus nécessaires. Il s'est formé un lien contractuel qui le force à continuer ses soins jusqu'à la parfaite guérison.

Le consentement étant réciproque et les deux volontés s'étant rencontrées, l'accord est parfait et le contrat conclu. Dès ce moment, les services médicaux promis deviennent juridiquement obligatoire. Le médecin qui voudrait éluder son obligation de continuer ses soins contreviendrait à ses engagements et encourrait, d'après la jurisprudence, une responsabilité contractuelle pour avoir abandonné son malade. (50).

Toutefois, le médecin a le droit de se retirer s'il n'abandonne pas son malade dans un moment où sa retraite serait de nature à compromettre la vie ou la mort du malade, et à condition aussi que ce ne soit pas pour des motifs futiles. (51).

C'est ainsi que le médecin qui, après un long ministère, arrivé au seuil de la vieillesse, se décide à choisir un successeur, afin de se retirer, doit auparavant l'instruire de tous ses malades en cours.

De même, lorsque le médecin traitant s'est entendu avant de partir avec un de ses collègues pour que lui-même ou un de ses assistants visite le malade en son absence et que celle-ci est d'ailleurs de courte durée, il n'y a pas abandon de malade. (52).

Même en cas d'abandon réel du malade, pour que ce

(50) Cour de Pau, 30 juin 1913. D. P. 1915-2-49.

Seine, 30 juin 1932. Gaz. Pal. 1932-2-132.

(51) Trib. civ. Seine, 12 décembre 1910. Gaz. Pal. 1911-1-100.

(52) Trib. civ. de Grasse, 27 mai 1935. Gaz. Pal., 1935-2-341.

motif soit reconnu à l'appui d'une demande en dommages-intérêts, il faut établir la relation de cause à effet entre le départ du médecin et le préjudice subi.

L'abandon n'est donc permis au médecin que moyennant certaines conditions. Toutefois il ne pourra plus lui être reproché lorsque le client s'étant mal conduit envers lui, il s'est vu alors dans l'obligation de cesser toutes relations.

Ainsi le médecin peut se retirer lorsque le malade ne suit pas ses prescriptions. Comme il ne peut appliquer ses médications de force c'est en effet la solution la plus sage dès qu'il s'aperçoit que son malade ne lui accorde plus sa confiance.

Encore ne doit-il cesser ses soins que si vraiment il y est contraint. S'il a affaire à des gens peu instruits ou peu éduqués, il devra toujours se souvenir qu'il a devant lui des malades et des malheureux qui souffrent et méritent par suite un peu d'indulgence.

De même, le médecin peut se retirer lorsque l'attitude du patient est telle qu'il considère que sa dignité est atteinte. Il a par exemple été traité avec grossièreté, on lui a dit des injures, ou bien on a exprimé des reproches contenant des insinuations visant sa conscience professionnelle.

Mais là encore, avant de prendre cette grave décision de délaisser le malade, le praticien devra examiner avec sang-froid si la personne qui s'est conduite de la sorte n'était pas sous l'empire d'une vive souffrance ou entrain de délirer, et si elle se rend compte de la gravité et de la portée de ses paroles.

Un fait qui arrive fréquemment en clientèle est l'appel clandestin d'un autre que le médecin traitant. Pour éviter les frais d'une consultation, ou dans la crainte de ne point connaître la vérité complète du fait de la réserve

naturelle qu'apportent les médecins dans leur consultation, le client fait venir un second médecin. Ce fait constitue une grave incorrection. Il montre au praticien que son client n'a plus en lui une confiance absolue, sa dignité lui ordonne de se retirer, et de laisser sa place à celui de ses confrères qui lui a été préféré. La médecine ne peut s'exercer qu'avec la confiance du client.

Ainsi donc, en règle générale, lorsqu'il y a eu promesse de fourniture de soin faite par le praticien, il ne peut se dérober à l'obligation de procurer à son co-contractant les actes de sa profession dans les conditions où il s'est engagé.

Mais cette responsabilité contractuelle n'était pas poussée peu loin. La constitution de liens contractuels ne nous permet pas d'affirmer que chaque fois qu'il y a mauvaise exécution des obligations qui en découlent, le médecin, sera contractuellement responsable. Il l'était seulement au cas d'inexécution.

Il y aura inexécution lorsque le médecin, après avoir promis son concours, ne se rendra pas au chevet du patient, l'opérera sans l'avertir des dangers qu'il va courrir ou l'abandonnera en cours de traitement. Mais il y aura mauvaise exécution des obligations contractées quand le praticien, par son imprévoyance ou son incapacité sera la cause d'une issue peut-être fatale.

Aussi la jurisprudence antérieure à 1936 était-elle en droit d'invoquer tantôt les art. 1137 et 1142 qui obligent celui qui n'exécute pas ses engagements contractuels à payer des dommages-intérêts à la partie lésée, tantôt la responsabilité délictuelle en s'appuyant sur les art. 1382 et 1383 qui obligent « celui par lequel un dommage a été causé à le réparer ».

Nous venons de voir les cas exceptionnels de responsabilité dérivant du contrat médical. Il nous reste à étudier

le caractère généralement délictuel qui était reconnu à la responsabilité civile des médecins.

Nous faisons remarquer dès à présent que les cas de responsabilité qui vont être étudiés et qui sont relatifs à des affaires antérieures à l'arrêt de 1936, sont a fortiori vrais aujourd'hui, puisque l'arrêt de 1936 a aggravé la situation du médecin. Ces solutions, bien que reposant sur les art. 1382 et suivants gardent donc leur intérêt pratique.

CHAPITRE II

Caractère généralement délictuel reconnu avant 1936 à la responsabilité civile des médecins

C'est la solution donnée par l'arrêt fondamental en la matière (1) qui posait le principe de la responsabilité médicale et en indiquait en même temps la nature.

« Attendus que ces faits matériels reprochés au docteur sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables, et qu'ils sont soumis d'après les dispositions des art. 1382 et 1383 du Code Civil à l'appréciation des juges ».

Depuis cet arrêt de 1385, la jurisprudence s'est montrée remarquablement constante. Les innombrables décisions tranchant des questions de responsabilité médicale, se sont toutes inspirées de cet arrêt .

En 1862, la Cour de Cassation répète :

(1) Cass. 18 juin 1935. S. 1835-1-401 précité.

« Attendu que les art. 1382 et 1383, contiennent une règle générale, celle de l'imputabilité des fautes et de l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence; que toute personne quelle que soit sa situation ou sa profession est soumise à cette règle qui ne comporte d'exception que celles qui sont nominativement formulées par la loi, qu'aucune exception de cette nature n'existe en faveur des médecins ». (2).

Nous ne citerons pas ici tous les arrêts qui posent le principe du caractère délictuel de la responsabilité médicale. Ils sont foule, et nous aurons d'ailleurs l'occasion de les voir au cours de ce chapitre.

Citons cependant quelques arrêts tous récents et particulièrement formels :

« Attendu que la responsabilité médicale a été retenue et consacrée par la doctrine et la jurisprudence qu'il serait superflu de reproduire ici; que le principe de cette responsabilité découle des art. 1382 et 1383 suivant lesquels « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige l'auteur de ce fait à réparation ». (3).

« Attendu que le principe de l'art. 1382 du Code Civil est applicable aux médecins dans l'exercice de leur profession ». (4).

Un siècle a passé. La jurisprudence est restée la même. Elle n'a varié que sur un point: c'est lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité de la faute commise et de savoir jusqu'à quel degré elle est génératrice d'une obligation d'indemniser. Tous les arrêts s'expriment en effet à peu près en ces termes: « Considérant qu'en présence de cette

(2) Cass., 21 juillet 1862. S. 1862-1-108.

(3) Trib. civ. Valenciennes, 20 déc. 1930. S. 1931-2-221.

(4) Cour de Montpellier, 7 juin 1934. D. H. 1934.

situation, la question qui se pose est celle de savoir s'il existe à la charge du médecin une faute lourde ». (5).

Ainsi la jurisprudence se met en opposition flagrant avec le Code qui, dans son art. 1382 estime que toute faute, quelle qu'elle soit, c'est-à-dire de la plus minime à la plus grave, doit être sanctionnée.

Elle tente de se justifier en disant « qu'il fallait faire une distinction suivant que les fautes commises par le médecin consistent dans une violation des règles les plus certaines de la science médicale ou suivant que ces fautes sont étrangères à ces règles et proviennent par suite d'un fait personnel à l'homme; que pour ces dernières il est incontestable que les règles générales des art. 1382 et 1383 s'appliquent dans toute leur étendue; que pour les premières au contraire, il faut admettre que la faute lourde pourra seulement être retenue, c'est-à-dire celle qui révèle que le médecin a montré dans l'exercice de son art une maladresse évidente et grossière, une ignorance complète des choses que tout médecin doit savoir, et une méconnaissance absolue des doctrines et pratiques médicales les plus élémentaires ». (6).

Donc, il ne saurait y avoir de faute médicale que lorsque le praticien vient à heurter des règles qui ont reçu par leur ancienneté et leur application universelle, une consécration définitive. En d'autres termes, la faute professionnelle ne sera alors à retenir que lorsqu'elle est tellement grave, palpable et tangible qu'aucun doute ne peut exister quant à sa réalité. D'après ce système, seule la faute lourde devra être prise en considération.

(5) Cour de Paris, 26 juin 1919. S. 1919-2-73.

Css. 25 juillet 1862. S. 1862-1-108.

Douai, 21 juillet 1924. Gaz. Pal. 1924-2-545.

Paris, 20 avril 1924. Gaz. Pal., 1925-1-166.

(6) Cour de Paris, 15 oct. 1927, rapporté dans *Paris Médical* du 24 octobre 1927.

Mais cette différenciation des actes répréhensibles du médecin est anti-juridique. La loi ne fait nulle part la distinction entre faute professionnelle et faute ordinaire en faveur des médecins. On a dit et répété à maintes reprises qu'il ne devait exister aucune exception en leur faveur.

En réalité, le fondement de la responsabilité médicale était telle que le médecin pouvait avoir à répondre de toute faute même légère. Il n'y a pas de degré dans la faute. Il faut et il suffit que le plaignant la prouve.

Telle était d'ailleurs l'opinion du dernier état de la jurisprudence. La Cour de Cassation (7) avait condamné jadis ici toute distinction entre la faute lourde et la faute légère. Elle rappelait les juges à une stricte observation du Code qui permet de trouver le fondement de la responsabilité dans une faute quelconque sans distinguer en degré de gravité.

Suivant le Code nous aussi, nous étudierons le caractère délictuel de la responsabilité du médecin en raison de son fait personnel, en raison du fait d'autrui et en raison du fait des choses.

SECTION I

RESPONSABILITÉ CIVILE DU MÉDECIN EN RAISON DE SON FAIT PERSONNEL

La plupart des auteurs (8) qui ont étudié cette question sont appliqués à faire une distinction entre la faute

(7) Cass., 29 nov. 1920. Gaz. Pal., 1921-1-68.

(8) Perreau. *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 267.

Graven. *Les médecins et le Droit civil*, thèse Grenoble, 1925.

André Brun. *Rapport et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon 1931, p. 255.

Abel, op. cit., p. 102. Contr. Mazeaud, n° 502.

que le praticien commet en tant qu'homme à l'occasion de l'exercice de la médecine, et celle qu'il commet en tant que médecin dans l'exercice de cette profession. Ils accordent aux magistrats une entière compétence pour apprécier la première, et leur recommandent de s'adresser aux experts pour s'éclairer sur la seconde.

Cette décision est bien subtile. Il n'est pas possible en fait de trancher distinctement les domaines respectifs de ces deux responsabilités, ni même de donner une définition précise de chacune. Et dans tous les cas où se pose le principe de la responsabilité du praticien, il n'est pas possible de distinguer ce qui constitue le fait de l'imprudence ou de la négligence de l'homme ou la faute technique du praticien. L'expert d'ailleurs n'est qu'un témoin à qui on doit demander de faire des constatations, et non d'émettre des opinions.

Mais cette différenciation des actes du médecin est en outre ajuridique. Elle n'a jamais été sanctionnée par la jurisprudence qui, de même qu'elle ne discerne pas une faute lourde d'une faute légère, ne fait pas de différences entre faute étrangère à l'art médical, et faute purement médicale.

C'est pourquoi notre plan dans cette étude de la responsabilité du médecin en raison de son fait personnel, consistera à suivre l'ordre dans lequel doivent logiquement se présenter les relations successives du malade avec l'homme de l'art.

§ I. — *L'erreur de diagnostic.*

Lorsque le malade a recours au médecin, ce n'est pas seulement pour en recevoir des soins. C'est tout d'abord pour être fixée sur son état. On pourrait faire de cet avis l'objet d'un contrat de diagnostic, préalable au contrat de traitement et distinct de celui-ci.

Cependant, il n'est pas toujours facile de distinguer l'investigation du traitement. Il arrive qu'un chirurgien, devant l'urgence du cas et la complicité des symptômes, pratique une laparatomie sans avoir pu discerner l'organe lésé, et que seule l'inspection des viscères lui permette de connaître l'intervention qu'il doit pratiquer.

Un jugement tout récent du tribunal de Valence (9) admet la validité de ces laparatomies exploratrices « attendu que le fait d'opérer sans savoir ce qu'il a un malade qui paraît sur le point de succomber, peut n'être pas une faute ».

Parfois le médecin est contraint de recourir, pour asseoir son diagnostic, à l'épreuve du traitement. D'autre part, les progrès de l'art assurant l'audace du praticien, ont provoqué l'apparition de procédés d'investigations qui n'ont plus l'inocuité des simples méthodes d'autrefois. Un examen radiographique expose à quelques risques. Une ponction lombaire n'est pas sans danger. Nous devons assimiler au diagnostic toutes les opérations qui ne pouvant avoir par elles-mêmes d'effets bienfaisants, peuvent en avoir de pernicioeux.

L'erreur de diagnostic n'a généralement pas été considérée comme une faute, car elle ne peut par elle-même entraîner de dommage, mais seulement par l'erreur de traitement qui peut en résulter. Ce que le client demande au médecin, c'est un conseil et non un constat. Le médecin est le conseiller du malade avant d'être l'exécutant du traitement, ce qui crée des difficultés pour l'appréciation de la faute qui a réellement causé le dommage.

(9) Tribunal de Valence, 31 déc. 1936, rapporté dans *L'Index médical* de février 1937 et que nous nous excusons de citer ici puisqu'il est postérieur à l'arrêt de Cassation qui fera l'objet de notre II^e Partie.

Un diagnostic erroné n'a jamais été imputé à faute, s'il a été fait de bonne foi, après un examen consciencieux, à moins qu'il ne dénote de la part du médecin une « ignorance crasse » suivant l'expression même employée par un jugement (10).

« Considérant qu'il est admis que le médecin ne saurait encourir de responsabilité en raison du traitement qu'un diagnostic consciencieux mais erroné a pu faire ordonner; que la responsabilité ne saurait commencer que là où il y a eu, non pas erreur médicale, mais faute lourde ou ignorance crasse du médecin ».

C'est en effet surtout dans l'établissement du diagnostic que se révèle le caractère conjectural de la médecine. Les plus habiles praticiens ne sont pas à l'abri d'une erreur, même après l'examen le plus attentif et malgré leurs connaissances les plus approfondies. Brouardel rapporte d'une façon amusante l'histoire du professeur Laugier qui confondait une grossesse avec un kyste de l'ovaire. Ayant commencé le traitement pour cette dernière maladie « au bout de quelques jours, la tumeur diminuait de volume et Laugier espérait déjà pouvoir compter sur un succès, lorsqu'un matin en arrivant à l'hôpital, nous fumes très étonnés de voir auprès de notre malade, un berceau dans lequel notre soi-disant kyste de l'ovaire s'agitait et criait ». (11).

Le fait n'est pas rare. Citons une espèce qui fut soumise d'abord au tribunal d'Evreux puis à la Cour de Rouen, et dans laquelle un médecin confondit une grossesse avec un fibrome utérin. Sa responsabilité ne fut pas retenue.

« Attendu qu'une erreur de diagnostic même lors-

(10) Trib. de Saint-Quentin, 22 mai 1861, rapporté dans le *Manuel complet de médecine légale*, de Briand et Chaudé.

(11) Brouardel. *La responsabilité médicale*, page 58.

qu'elle a eu pour conséquence de décider d'une opération malencontreuse qui a entraîné la mort du malade, ne saurait en principe et par elle-même constituer en faute le médecin ou le chirurgien qui l'a commise. Il est avéré en effet qu'en raison des difficultés parfois insurmontables que peut réserver un diagnostic, le savoir et l'expérience, non plus que les explorations les plus attentives et les plus minutieuses ne mettent pas toujours l'homme de l'art à l'abri d'erreurs de ce genre et que les maîtres les plus compétents et les plus consciencieux n'en sont pas exempts ». (12).

Mais le médecin doit s'entourer de tous les renseignements nécessaires ou même simplement utiles pour éclairer sa religion. Il doit avoir recours à tous les procédés de contrôle et d'investigation recommandés par la science, notamment la radiographie, l'analyse chimique et les examens microscopiques (13).

Bref il doit se souvenir que si le traitement pourrait à la rigueur être fait par n'importe qui, le diagnostic est l'acte médical par excellence.

§ II. — *La Rédaction des certificats.*

Nous ne traiterons pas ici de la question des faux certificats qui peut constituer un élément de l'escroquerie ou le crime de faux en écriture publique ou privée. Cette question intéressant le droit pénal ne rentre pas dans le cadre de notre étude. Nous étudierons seulement le cas du médecin qui de bonne foi, établit un certificat erroné.

Cette erreur peut être lourde de conséquences, et le

(12) Tribunal d'Evreux, 16 novembre 1922. Gaz. Pal. 1922-2-618.

Cour de Rouen, 21 avril 1923. Gaz. Pal. 1923-2-247.

(13) Paris, 6 juin 1923. D. P. 1923-2-117.

Saint-Affrique, 18 juillet 1933. Gaz. Pal. 1933-2-864.

professeur Brouardel attirait déjà sur ce point l'attention de ses étudiants : « Un certificat est presque un acte médico-légal. C'est sur lui que s'engageront souvent les procès. Ne mettez jamais dans votre rédaction que ce que vous avez vu ou constaté vous-même. N'ajoutez pas ce qui vous est raconté par la personne qui le demande ou si vous le faites ayez de soin de dire... « M. X... me déclare que... » mais ne substituez pas votre affirmation à la sienne, ne vous faites pas son porte-parole. Vous ne rédigerez jamais un certificat avec trop de prudence et de réserve. En thèse générale, ne l'écrivez pas en présence du demandeur, je dirais presque sous sa dictée. Prenez des notes et rédigez le dans votre cabinet seul, libre de la première impression ». (14).

C'est pour n'avoir pas suivi ces conseils pleins de sagesse que les médecins ont été condamné devant les tribunaux.

Les médecins sont souvent appelés à rédiger des certificats destinés à des buts divers et notamment à l'internement d'aliénés. Devant les conséquences très graves que cette rédaction peut avoir, les médecins doivent redoubler de prudence.

La Cour de Caen a retenu la responsabilité d'un médecin qui avait délivré un certificat d'aliénation mentale « sans même essayer par une deuxième visite de se rendre compte si la surexitation qu'il avait constatée n'était pas due à un état passager et tout à fait accidentel ». (15).

De même fut reconnu responsable le médecin qui délivra le certificat d'internement d'une personne nullement aliéné sans l'avoir examiné, à la simple requête d'un

(14) Brouardel, op. cit., page 291.

(15) Cour de Caen, 16 janvier 1901. S. 1904-2-172.
Grenoble, 13 mars 1931. Gaz. Pal., 1931-2-776.

parent en l'espèce son propre conjoint qui la trouvait gênante. (16).

Le droit en la matière est résumé par un jugement du tribunal de Rouen. (17).

«Le médecin pourrait être déclaré responsable de ses fautes mêmes légères, notamment quand il atteste, sans s'être entouré de renseignements suffisants, l'état d'aliénation d'une personne. Toutefois, l'erreur d'appréciation du médecin ne constitue pas nécessairement une faute. La science médicale est en effet plus qu'une autre conjecturale dans ses principes, et on ne saurait rendre ceux qui en font consciencieusement la pratique de leur vie, responsables de son incertitude ».

La question des certificats relatifs à l'internement est certes la plus importante mais n'est pas la seule.

Il n'est pas interdit au rédacteur des certificats d'indiquer les antécédents héréditaires du malade. Mais il doit dans ces indications apporter la plus extrême prudence, en évitant autant que possible lorsqu'il s'agit de parents vivants de les désigner de façon qu'ils puissent être reconnu. Un arrêt de la Cour de Cassation (18) a jugé en ce sens une espèce où le médecin chargé de rédiger un certificat constatant un état mental avait motivé son diagnostic sur le fait qu'il y avait dans la famille un frère dégénéré, une sœur peu intelligente et un enfant insuffisamment développé.

Le médecin avant de délivrer un certificat, même attestant des faits par lui contrôlés, doit se renseigner sur le but dans lequel on le lui demande et sur la qualité de la

(16) Blois, 3 déc. 1908. Gaz. Pal., 1909-2-225.

Nîmes, 3 juin 1914. Gaz. Pal., 1914-2-85.

(17) Rouen, 30 juin 1896. Gaz. Pal., 1896-2-14.

(18) Cass. Req., 13 mai 1908. D. 1908-1-336.

personne qui le sollicite. Ainsi en a jugé le tribunal du Havre. (19).

« Attendu qu'en délivrant à une femme mariée en dehors et à l'insu de son mari un certificat dont la teneur pouvait amener la discorde dans le ménage, ce qui du reste arriva, le docteur N... a commis une faute dont il doit réparation ».

Mais le médecin ne commet aucune faute en remettant au malade un certificat sur son propre état :

« Attendu que si le médecin a le devoir de se montrer prudent et d'exiger tous renseignements utiles lorsqu'il s'agit d'une consultation qui est demandée au sujet d'un tiers en dehors de lui, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de renseigner le client sur son propre état; que dans ce cas, l'homme de l'art manquerait à son devoir en refusant ses services » (20).

Les médecins doivent toujours se souvenir d'une boutade d'un des leurs qui envoyait ses frères inférieurs les vétérinaires de n'être jamais trompés par les dires de leurs clients. C'est ainsi que fut jugé en faute le praticien qui ayant à constater des blessures provenant d'un accident « avait attesté, comme un fait résultant de sa constatation personnelle, l'existence d'une lésion qu'il n'avait pas constatée » (21).

Ici comme partout, le praticien doit garder une sage prudence, et ne saurait mieux faire que de se rappeler les conseils de Brouardel.

§ III. — *L'expérimentation.*

Le but du médecin est par nature même de guérir son malade, ou de faire son possible pour améliorer son état.

(19) Le Havre, 4 juin 1921. G. T., 1922-2-122.

(20) Rouen, 8 nov. 1922. S. 1926-2-73. Note Perreau.

(21) Seine, 12 juillet 1896. Gaz. Pal., 1896-2-374.

Il est arrivé pourtant qu'un médecin soumette son malade à un traitement non plus seulement pour le guérir mais par curiosité professionnelle, dans un but d'expérimentation scientifique.

En réalité, les malades ne devraient jamais servir de champs d'expérience. On sait pourtant qu'au temps jadis, les condamnés à mort, et même les malades des hôpitaux étaient les sujets d'expériences singulières et inhumaines, pratiquées dans le seul but de faire avancer la science.

De tels faits sont aujourd'hui sanctionnés par les tribunaux. En 1859, le tribunal de Lyon (22) condamna un médecin et son interne qui avaient inoculé du pus syphilitique à un enfant dans le seul but de savoir si la syphilis secondaire était contagieuse.

« Attendu que les droits du médecin et ses obligations envers la science ont des limites, que toutes les fois que dans l'application d'une méthode curative nouvelle le médecin aura eu uniquement pour but la guérison du malade, il ne relève que de sa conscience. Mais que telle n'est pas la situation des prévenus, que tout dans la cause démontre que leur pensée dominante leur but principal a été de résoudre au moyen d'une expérience une question médicale qui faisait l'objet de vives controverses.

« Attendu que pour qu'il y ait délit, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu le dessein caractérisé d'agir méchamment... mais qu'il suffit qu'il y ait agi en connaissance de cause, et avec l'intention de satisfaire, au risque de nuire, soit l'intérêt de sa renommée, soit même une passion purement scientifique et désintéressée ».

« Le médecin, écrit Demolombe, doit toujours être

(22) Lyon, 15 déc. 1859. D. 1859-3-87.

guidé par la pensée de soulager ou de sauver son malade, mais entreprendre sur lui une expérience nouvelle et dangereuse, par simple amour de l'art, par pure curiosité scientifique, afin de se rendre compte de l'effet pour son instruction personnelle, il ne doit pas. » (23).

Le consentement même du patient ne peut constituer une excuse du fait coupable car « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (art. 6 du Code Civil). Ce principe a été sanctionné de nombreuses fois par la jurisprudence, en matière surtout de chirurgie esthétique. (24).

On croirait ne pouvoir retrouver ces expérimentations sur des êtres humains qu'en remontant assez loin dans le temps. Elles viennent pourtant de faire récemment l'objet d'un jugement du tribunal civil de la Seine (25) qui montre clairement que la faute du médecin est une faute d'intention.

« Un médecin qui expérimente un remède ou un traitement sans nécessité pour le malade et sans le consentement libre et éclairé du patient commet une faute professionnelle alors surtout que le malade a été convoqué sous le prétexte de subir une simple radiographie, c'est-à-dire un examen ne présentant par lui-même aucun danger, et qu'en fait les praticiens se proposaient de procéder à une opération dont ils connaissaient les aléas et que le malade n'avait ni demandé ni accepté. Le professeur qui dans le but d'aider les recherches scientifiques de deux internes, prête son concours à la réalisation de cette opération,

(23) Demolombe. *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats*, tome 8, n° 547, page 478.

(24) Paris, 22 janv. 1913. S. 1918, 297, note Perreau.

Lyon, 27 juin 1913. D. P. 1914-2-73, note Lalou.

(25) Trib. civ. Seine, 16 mai 1935. Gaz. Pal., 1935-2-290. S. 1935-2-202. Gaz. Trib. 9 juillet 1935. La Loi, 30 janv. 1936.

commet une faute particulièrement grave; et il n'importe pas de rechercher si l'opération a été faite suivant les règles de l'art médical, cette circonstance ne pouvant être retenue à la décharge du médecin que si ce dernier avait expérimenté la méthode nouvelle avec le consentement libre et éclairé du malade et dans l'intention de guérir».

En matière d'expérimentation la faute relevée à la charge du médecin est donc toute dans l'intention. C'est pourquoi dans les cas où la tentative hasardeuse est faite par nécessité absolue, nécessité fait loi, et la tentative est louable. On doit risquer le tout pour le tout suivant l'expression populaire.

C'est ce qu'a décidé la jurisprudence. « Attendu que l'exercice de la médecine n'aurait plus de raison d'être si les médecins n'avaient plus qu'à se croiser les bras dans des cas extrêmes et s'il ne leur était permis de rien essayer. Qu'il faut leur reconnaître ce droit du moment où, comme le docteur A... ils ne poursuivent d'autre but que la guérison du malade et ne se livrent pas à des essais téméraires que réprouveraient tous les praticiens expérimentés », (26).

Dans ce cas en effet, l'expérimentation médicale n'a pour but que la guérison du malade. Dès lors, la conduite du médecin doit être appréciée suivant les règles générales.

Remarquons que les médecins avides de faire avancer la science par des expériences peut-être dangereuses ont toujours le droit de les faire sur eux-mêmes. Le cas s'est d'ailleurs produit assez souvent.

§ IV. — *La chirurgie générale.*

La responsabilité du chirurgien est engagée beaucoup plus souvent que celle du médecin. L'erreur médicale en

(26) Trib. paix Alger, 9 nov. 1897. La loi, 10 janvier 1898.

effet peut se réparer, et la faute commise est difficile à prouver ainsi que sa corrélation avec le dommage. L'erreur chirurgicale au contraire est souvent beaucoup plus grave, entraînant fréquemment une issue fatale. Cela sera plus facile à prouver, par une autopsie par ex si le malade est mort, sinon au cours d'une opération ultérieure.

Les actions en responsabilité sont donc fréquentes et touchent à des points si différents qu'il est impossible de les retracer toutes. Tout acte opératoire, pour aussi simple qu'il soit peut en effet être générateur de responsabilité, une injection, une piqûre, une saignée comme dans l'affaire Thouret-Noroy; à plus forte raison donc lorsqu'il s'agit d'opérations graves telles que l'amputation d'un membre, ou l'ablation d'un organe.

Dans presque tous les cas, pour éviter au patient des souffrances intolérables et empêcher les réactions désastreuses qu'elles peuvent déterminer, on endort l'opéré au moyen d'un anesthésique.

Malgré les bienfaits évidents de l'anesthésie, les tribunaux ont conservé longtemps à son égard une méfiance manifeste. Ils l'ont pourtant admis « considérant que la chloroformisation diminue plutôt qu'elle n'augmente les dangers résultant d'une opération que les souffrances souvent intolérables que les opérations occasionnent amèneraient certainement des syncopes mortelles plus souvent que l'anesthésie. » (27).

Le chirurgien toutefois doit prendre certaines précautions élémentaires :

- s'assurer que la personne opérée est à jeun (28).
- se faire assister par un aide (29).
- ne pas utiliser l'anesthésie pour une intervention qui

(27) Amiens, 14 fév. 1906. S. 1909-2-225.

(28) Marseille, 26 avril 1921. Gaz. Pal., 1931-2-162.

(29) Alger, 17 mars 1894. S. 1895-2-237.

présente une telle bénignité qu'elle est vraiment superflue (30).

Ayant endormi son client après avoir obtenu son consentement, le chirurgien doit observer la plus grande attention. Il n'est pas responsable évidemment si l'anatomie de son client est pas trop différente de la normale — déviation de la carotide par exemple qui peut entraîner la mort au cours d'une opération dans l'œsophage. Mais il doit s'apercevoir des malformations visibles de son client.

C'est ainsi qu'un chirurgien opérant une appendicite après avoir fait laver la région avec de l'alcool, voulut détruire un bouton avec le thermocautère. L'alcool qui restait dans le pli inguinal particulièrement profond du fait d'une coxalgie s'enflamma et le malade fut partiellement brûlé. La malformation était ici visible et le chirurgien fautif (31).

Les juges firent ici preuve de plus de sévérité envers le chirurgien qu'une juridiction anglaise « King's Bench Division » le ban du Roi qui, avec humour, apprécia qu'une cliente « was a great deal fatter than anyone would wish to be » était vraiment plus grosse qu'on ne peut le souhaiter, et de ce chef admit un partage de responsabilité (32).

Le chirurgien est tenu à des précautions personnelles de prudence et d'aseptie. C'est ainsi que la Cour de Douai a condamné un praticien qui avait effectué une opération alors qu'il avait au doigt un furoncle (33). La même Cour avait au siècle dernier condamné un accou-

(30) Marseille, 26 avril 1921, précité.

(31) Seine, 29 oct. 1912. S. 1914-2-153, note Perreau.

(32) Rapporté par Paulette Nègre, op. cit. page 35.

(33) Cour de Douai, 1920. Gaz. Pal., 1924-2-310.

cheur qui s'était présenté chez la patiente en état d'ivresse (34).

Mais ce sont là des exemples heureusement fort rares et les médecins gardent ordinairement le sens de leur dignité et de leur responsabilité. De tels cas relèvent d'ailleurs plutôt du droit commun que d'un droit purement médical.

La jurisprudence, inflexible sur le principe de la responsabilité, se montre libérale et indulgente dans son application. Elle sait qu'en matière de chirurgie surtout, le médecin n'est jamais garant d'un succès.

En règle générale le praticien est responsable chaque fois que dans la pratique de son art il ne s'est pas conformé aux précautions d'usage, chaque fois que sa conduite se heurte à des principes universellement et définitivement admis par l'ensemble des praticiens, chaque fois enfin qu'il a fait preuve d'une maladresse détruisant cette « présomption de capacité » que lui confère son diplôme. (Ripert).

SECTION II

RESPONSABILITÉ CIVILE DU MÉDECIN EN RAISON DU FAIT D'AUTRUI

En vertu de l'art. 1384 « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ».

Plus loin, l'art. 1384 précise encore que « les maîtres et commettants sont responsables des dommages causés par

(34) Cour de Douai, 16 mai 1882. S. 1889-2-153.

urs domestiques et préposés dans les fonctions auxquels ils les ont employés ».

Aux termes de cet article, une personne peut donc voir sa responsabilité engagée indirectement quand un acte délictuel ou quasi-délictuel a été commis à son instigation non par quelqu'un dont elle était en quelque sorte garante.

On se rend vite compte que les cas où la responsabilité du fait d'autrui peut trouver son application en matière médicale, sont multiples.

Le médecin a besoin d'auxiliaires dans un grand nombre de cas. Certains malades réclament une surveillance continue et la fourniture de soins peu compliqués. Parfois les tribunaux eux-mêmes, consacrant en cela une règle de prudence, exigent qu'il se fasse assister; pour administrer une anesthésique par exemple.

D'autre part, la maladie, le besoin de repos ou le désir de prendre des vacances peuvent obliger le médecin à s'absenter, et alors, tout normalement, il se fait remplacer par un confrère.

Nous étudierons dans des paragraphes distincts la situation de ces deux séries de personnes susceptibles d'engager la responsabilité du médecin: ses aides et ses remplaçants.

§ I. — *Responsabilité du fait des aides.*

Le mécanisme de cette responsabilité est tout à fait différent de celui de la responsabilité personnelle. Au lieu d'une démonstration directe par la victime de la faute dont elle souffre, des présomptions sont ici établies par la loi: le responsable pour autrui est présumé avoir commis une faute dans sa surveillance ou dans son choix. Il ne suffit donc pas qu'une personne prête son concours à un médecin pour qu'on la considère aussitôt

comme son préposé. Le praticien n'aura la qualité de commettant et son aide celle de préposé, qu'à la double condition que le premier ait pu choisir le second en toute indépendance, et que ce dernier soit placé sous ses ordres et sous sa surveillance.

Examinons d'abord le cas du praticien qui par suite d'un diagnostic erroné prescrit un médicament ou certains soins spéciaux. Le préposé exécute cet ordre et il en résulte un préjudice pour le client. En réalité nous ne sortons pas ici du cas de l'erreur de diagnostic précédemment étudié. Le dommage ne résulte pas de l'acte du préposé qui n'a agi que d'après les indications à lui données. Le médecin est ici responsable en vertu des art. 1382 et 1383. (35).

D'autre part, les auxiliaires des médecins ne sont pas toujours ses subordonnés passifs. En vertu d'études faites et de diplômes acquis, ils ont le droit de travailler avec quelque initiative. Ils peuvent donc encourir une responsabilité personnelle lorsqu'ils commettent une faute. (36).

Mais ces cas sont assez rares. A la faute de l'auxiliaire se joint assez généralement une faute du médecin, faute ordinairement dans le manque de surveillance et qui fait jouer l'art. 1384.

Les aides du médecin, qui ne doit pas se décharger sur eux de tous les soucis professionnels, ne doivent en effet jouer qu'un rôle accessoire et les tribunaux ont plutôt tendance à augmenter la responsabilité du médecin.

Etudions la jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Paris (37) condamne un chirurgien

(35) Cour de Paris, 6 juin 1923. D. 1924-2-167.

(36) Seine, 31 juillet 1900; Paris, 13 nov. 1901. La loi, 12 décembre 1901.

(37) Cour de Paris, 4 juillet 1932. D. H., 1932-450.

en pour avoir négligé de s'assurer que les bouillottes
posées par une infirmière dans le lit d'une cliente encore
sous l'effet d'une anesthésique ne dépassaient pas la tem-
pérature normalement supportable « malgré qu'une
pratique constante admette que les infirmières les sup-
pléent pour certains soins qui s'imposent presque immé-
diatement après leur intervention.

Considérant que si le rôle d'une infirmière consiste à
assurer une surveillance constante de sa malade, et à se
faire, la dame B... était tenue de se préoccuper en l'espèce
de la température de l'eau dont elle faisait usage pour
ses soins prescrits, il n'est pas douteux également qu'il
incombait aux docteurs P... et L... qui assistaient la dame
B... de vérifier personnellement si les bouillottes dont ils
avaient préconisé l'emploi pouvaient être tolérées telles
qu'on les présentait.

Qu'avant d'abandonner leur malade, ils ne se préoccu-
pèrent ni l'un ni l'autre de savoir si leurs instructions étai-
ent suivies ».

Nous nous trouvons dans le même sens et sur des faits
analogues un arrêt de la Cour de Pau. (38).

« Attendu que c'est le docteur B... qui assumait la
direction et la surveillance de tout le personnel admis
dans la clinique, que c'est lui en particulier qui avait le
devoir, en tant que directeur de la clinique et médecin,
de prévenir et d'empêcher des infirmières de laisser une bouil-
lote trop chaude en contact avec la jambe de sa cliente
pendant le temps où une brûlure était à craindre ; que
d'une façon générale, si la dame C... a réellement été brû-
lée dans la clinique, cet accident imputable à un défaut
de surveillance du docteur B... engage sa responsabilité».
La nécessité d'une faute dans la surveillance a donc

38) Cour de Pau, 16 mai 1934. Rapporté dans l'*Index médi-*
cal, de novembre 1934.

été reconnue par la jurisprudence. Mais en matière médicale, elle s'écarte de la ligne générale en disant que le médecin doit répondre non seulement des aides qu'il impose, mais encore de ceux qu'il doit accepter et surveiller. La nécessité du choix n'intervient donc pas ici pour diminuer la responsabilité possible du médecin.

« Attendu que le médecin traitant, alors même qu'il n'aurait pas choisi l'infirmière placée auprès du malade, peut être rendu responsable des fautes commises par celui-ci dans des circonstances révélant de la part du médecin un manque de surveillance ». (39).

La présomption de faute reposant sur le mauvais choix et le manque de surveillance, n'est d'ailleurs qu'une construction de la jurisprudence. En subordonnant ici la responsabilité à une seule de ces conditions, elle a aggravé la charge des médecins d'une manière qui nous semble bien lourde et même injuste.

On comprend dès lors avec quelle prudence, en clientèle particulière doit procéder le médecin qui trouve auprès du malade une infirmière, ou qui en procure une. Il a le droit de se méfier de la compétence de cette aide qu'il ne connaît pas et peut même sans crainte abandonner son malade si on veut la lui imposer. (40).

« Attendu qu'il est constant que la retraite du docteur Le Roux a été motivé par l'exigence de l'entourage de la dame Marc ou de cette dame elle-même d'imposer une garde dont les précédents contacts étaient ignorés du docteur qui de son côté, en avait choisi une présentant toute garantie au point de vue de l'aseptie, que n'ayant pas su, sachant pas qu'elle était la main qui l'aiderait, le do

(39) Cour de Nîmes, 8 décembre 1930, rapporté par P. Nègre, *op. cit.*

(40) Trib. civ. Seine, 19 décembre 1910. *Gaz. Pal.*, 1911-1-57.

teur à honnêtement agit en renonçant à la responsabilité et aux honoraires de l'accouchement ».

Remarquons qu'ici comme en règle générale en matière de responsabilité délictuelle, la jurisprudence ne retient la responsabilité que lorsqu'il y a eu véritablement dommage (41) et que la preuve est faite du rapport de cause à effet entre le fait incriminé et la conséquence dommageable (42), en l'espèce une piqûre d'huile camphrée faite par une infirmière et un phlegmon qui serait apparu après.

§ II. — *Responsabilité du fait des remplaçants.*

C'est un problème connexe à celui que nous venons d'envisager, et qui mérite lui aussi de retenir notre attention.

Fréquents sont en effet les médecins qui désireux en été de prendre quelque vacance, se font remplacer par un de leurs confrère non encore installé, ou par un étudiant ayant le nombre d'inscriptions voulu.

Un jugement du tribunal correctionnel des Bouches-du-Rhône (43) reconnaît d'une façon catégorique le droit du médecin de se faire remplacer.

« Attendu que le docteur G... a envoyé à sa place le docteur C... Pour quelle raison ? Il était malade. Il est certain qu'un médecin a le droit d'être malade, d'être indisposé et de déléguer à sa place un de ses confrères ».

Quand le remplaçant est déjà docteur, la responsabilité du remplacé est la plus part du temps couverte. Le client accepte le traitement d'un autre que son médecin habituel. Il adhère ainsi au contrat de remplacement, ou

(41) Trib. civ. Seine, 18 juin 1935. Gaz. Trib. 18 avril 1935. Gaz. Pal. répertoire, deuxième semestre 1935, p. 110.

(42) Trib. civ. Seine, 11 mars 1935. Gaz. Trib. 14 mai 1935. Gaz. Pal. rec. sommaires, 1935, p. 76.

(43) Tribunal correct. des Bouches-du-Rhône, 4 mai 1929. D. H., 1929, 391.

plutôt, il conclut un nouveau contrat avec le remplaçant et partant, ne peut rendre que ce dernier, et non le remplacé, responsable des fautes dont il est victime. (44).

Le remplaçant en effet, n'est assurément pas le préposé du médecin remplacé. Ces deux personnes sont sur pied d'égalité. C'est ce qu'a très nettement marqué un arrêt de la Cour de Bordeaux.

« La convention par laquelle un médecin remplace un confrère pendant l'absence de ce dernier auprès de la clientèle, a charge pour le remplacé de payer son remplaçant 50 frs par jour, tout en lui fournissant le loyer et la nourriture et en mettant à sa disposition les instruments de travail, l'installation professionnelle, et une voiture automobile tous frais payés ne constitue pas un louage de service puisqu'il y a manque de subordination. » (45).

Toutefois il en serait autrement si le médecin avait choisi pour le remplacer, un confrère notoirement incapable. Le remplacé devrait alors, semble-t-il, répondre de la maladresse de son confrère, ayant lui-même commis à l'origine une faute dans le choix. Mais ici aucun arrêt n'a laissé jusqu'à présent entrevoir la solution de la jurisprudence.

Les solutions sont différentes lorsque le remplaçant est seulement étudiant en médecine. Il y a dans ce cas des obligations légales à remplir. Ce sont celles qui découlent de la loi du 30 nov. 1892, art. 6, modifié par la loi du 6 mai 1922.

« Les internes des hôpitaux et hospices français nommés au concours et munis de seize inscriptions, et les

(44) Trib. civ. Seine, 30 mars 1925. Sem. dentaire, 19 juillet 1935. Trib. paix Casablanca, 15 fév. 1926. Gaz. Trib. Maroc, 22 avril 1926.

(45) Bordeaux, 15 juillet 1935. Gaz. Trib., 3 déc. 1935. Réc. Bordeaux 1935, 496. Gaz. Pal répertoire 2° sem., 1935, page 110.

étudiants en médecine ayant terminé leur scolarité et étant dès lors munis de 20 inscriptions, peuvent être autorisés à exercer la médecine pendant une épidémie ou à titre de remplaçants de docteur en médecine ou d'officiers de santé. Cette autorisation, délivrée par le préfet du département, est limitée à trois mois. Elle est renouvelée dans les mêmes conditions ».

En réalité, cette autorisation est rarement demandée, et on n'exige même pas toujours le nombre d'inscriptions réglementaires.

Outre les inconvénients pour le remplaçant qui se trouve ainsi exercer illégalement la médecine et pour le remplacé qui peut être considéré comme son complice, le médecin remplacé dans des conditions irrégulières, encourt au point de vue de sa responsabilité de graves dangers.

Mais il lui suffit de se mettre en règle avec la loi d'une façon stricte pour que sa responsabilité soit engagée plus difficilement, dans les mêmes conditions que si son remplaçant était docteur lui-même.

SECTION III

RESPONSABILITÉ CIVILE DU MÉDECIN EN RAISON DU FAIT DES CHOSES

Le développement du machinisme qui au XXe siècle a créé un si grand changement dans le domaine de l'industrie, a débordé le cadre, et nombreuses sont les inventions modernes qui ont été mises au service de la médecine. Les découvertes de la science ont été utilisées en vue d'améliorer les moyens de thérapeutique. A la guérison par les simples, les saignées et les purgations, on a opposé

thermothérapie, radiothérapie, mécanothérapie, électrothérapie et autres. Parfois on ne les utilise que comme moyen de diagnostic: la radiographie par exemple.

Bref, les médecins ont dû installer des appareils complexes et coûteux qu'ils sont appelés à manipuler chaque jour. Il est normal dès lors, qu'en raison de leur délicatesse et de leur danger, il puisse y avoir de temps à autres des accidents opératoires dus à leur maniement. Et normalement aussi, les malades mécontents ont porté le fait devant des tribunaux.

Il importait pour eux de déterminer sous quel chef on pouvait condamner le médecin. L'art. 1384 porte que l'on est responsable « des choses que l'on a sous sa garde » : était-il applicable au praticien? Ce texte n'entraîne en effet pour la victime d'autre obligation que celle de prouver le dommage qu'elle a subi par le fait de la chose.

La jurisprudence est partagée sur la question. Certains arrêts admettent la responsabilité au médecin en vertu de l'art. 1384.

Citons tout d'abord un arrêt du tribunal d'Etampes dont l'opinion ne fut d'ailleurs pas suivie :

« Une opinion parfaitement juridique et conforme à l'esprit des plus récentes décisions judiciaires, consisterait à soutenir qu'en dehors de toute faute de la part du chirurgien celui-ci serait responsable, en cas d'oubli d'une compresse au cours d'une opération, du dommage causé par le fait de cette compresse dont il avait la garde. » (46).

Cette décision nous semble d'un rigorisme bien excessif et contraire même aux saines données juridiques. Ainsi le médecin qui oublierait au cours d'une opération de retirer une sonde, une compresse de la plaie de son client, qui brûlerait un malade avec le thermocautère ou

(46) Trib. Etampes, 6 mai 1923. Gaz. Pal., 1933-2-620.

l'inciserait trop profondément avec son bistouri serait responsable en tant que gardien de la sonde, de la compresse, du thermocautère ou du bistouri?

En réalité, ces instruments, comme le dit d'ailleurs un jugement, ne sont que le prolongement de la main de l'opérateur auquel ils obéissent. Sortant du domaine médical, on doit bien reconnaître que dans la plupart des cas où l'on admet une responsabilité en vertu de l'art. 1382, en raison donc d'un fait personnel, le dommage est causé non par la personne physique elle-même mais par l'arme qu'elle a à la main ou les chaussures qu'elle a aux pieds.

La nécessité d'un dommage « corpore et corpori datum » comme aux premiers temps du droit romain n'est plus de mise aujourd'hui. La jurisprudence permet la réparation du préjudice moral. Elle estime de même, qu'il y a responsabilité du fait personnel lorsque ce dommage est causé par une chose inerte entre les mains de son auteur.

Cette décision du tribunal d'Etampes est d'ailleurs unique. Les autres décisions admettant une responsabilité médicale du fait des choses font une savante discrimination. Indiquons immédiatement que cette jurisprudence vise surtout les radiologues.

Le tribunal de Morlaix (47) a nettement fait application de l'art. 1384 en matière d'accidents dus aux rayons X.

« Attendu qu'en l'espèce, il s'agit d'un cas de responsabilité médicale tout particulier qui n'a rien de commun avec une erreur de diagnostic ou une erreur dans la prescription d'un médicament, ou encore avec le coup de stylet malheureux du chirurgien, le stylet n'étant en quelque sorte que le prolongement de la main de l'opérateur

(47) Trib. de Morlaix, 17 mars 1933. Gaz. Pal., 1933-2-257.

auquel il obéit, et qu'il est intimément lié à son adresse et à sa dextérité, si bien qu'il est usuel de parler du tour de main plus ou moins habile de tel chirurgien ; mais qu'ici le médecin met en mouvement une machine qui, une fois en action, continue seule, machine singulièrement délicate et qui, produisant des résultats heureux, peut en déterminer de terriblement mauvais si le mécanisme est vicié ou si l'entreprise est mal conduite, qu'on ne saurait voir en la cause aucune raison sérieuse pour dire qu'il ne saurait être présumé responsable du dommage causé par le mécanisme dont il a garde, soit que celui-ci ait eu un vice, soit qu'il l'ai mal commandé ».

La même distinction est faite par un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon (48) qui admet lui aussi l'application de l'art 1384 :

« Attendu en ce qui concerne l'application de l'art. 1384 que cet article est aussi général que possible, qu'il édicte la responsabilité au gardien de la chose sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'elle était ou non actionnée par la main de l'homme, ni qu'elle fut ou non dangereuse ; que sans doute cet article ne saurait s'appliquer à l'instrument de chirurgie qui n'est qu'un outil entre les mains du praticien, et ne fait en quelque sorte qu'un avec elle, l'obligation de garde ne s'étendant pas plus à celle-ci qu'à celle-là.

Mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'un appareils dont les effets lui sont propres, et dont l'action, quoique provoquée et réglée par celui qui le met en œuvre, n'a pas sa source dans l'activité musculaire de celui-ci, le médecin ne faisant qu'utiliser ses effets ; que tel est précisément le cas des appareils radio-électriques ».

(48) Cour de Lyon, 19 mars 1935. Gaz. Pal. 1935-1-914, précité.

Mais en matière de rayons X, il faut distinguer selon que l'application malencontreuse a été faite dans un but de thérapeutique, auquel cas la faute médicale ne peut découler que d'une faute professionnelle sanctionnée par l'art. 1382, ou selon qu'il s'agit d'une simple radioscopie ayant seulement pour but d'éclairer le champ opératoire; dans ce dernier cas précis, l'accident est bien du aux rayons eux-mêmes qui étaient soumis à la garde du praticien et qui ont échappé à son contrôle, en provoquant des réactions cutanées au dehors du but cherché. C'est pourquoi il convient alors d'appliquer l'art. 1384 pour faute dans la garde.

Cette distinction entre la radiothérapie et la radioscopie est faite dans l'arrêt de la Cour de Lyon que nous citons plus haut :

« Attendu que les appelants objectent que les lésions dont a été atteint Durozat auraient été produites non directement par la chose elle-même, c'est-à-dire l'ampoule et les rayons qui en étaient l'émanation, mais bien par l'application malencontreuse qui a pu en être faite.

Mais attendu que cette distinction n'est fondée que lorsque la machine et les rayons qu'elle produit sont employés dans un but thérapeutique, en utilisant leurs propriétés caustiques sur les tissus organiques; qu'alors en cas d'accident dû à l'emploi trop intensif de ces rayons, la responsabilité peut en incomber au médecin à raison de la façon inconsidérée dont il aurait dirigé leur action, absolument comme dans le cas d'emploi d'une dose trop forte d'un médicament toxique, ou, dans un domaine tout à fait voisin, l'application dans de mauvaises conditions de substances radioactives qui auraient brûlé trop profondément les tissus; que la responsabilité médicale ne peut alors découler que de l'inobservation des règles de ces thérapeutiques, c'est-à-dire une faute

professionnelle, sanctionnée par l'article 1382 et non par l'art. 1384;

Mais attendu qu'en l'espèce, il ne s'agit pas de radiothérapie ni de radiumthérapie, mais de radioscopie, c'est-à-dire d'un examen opéré au moyen de certains rayons électriques employés, non dans un but curatif, mais seulement pour éclairer le champ opératoire, pour permettre en l'espèce de régler l'emplacement des grains de plomb logés sous les téguments; qu'en ce cas, l'accident est bien dû aux rayons eux-mêmes qui étaient soumis à la garde du praticien et qui ont échappé à son contrôle en provoquant des réactions en dehors du but cherché;

Attendu qu'on ne saurait objecter qu'en se soumettant à cet examen, Durozat a accepté les risques qu'il pouvait présenter; que pour qu'il en soit ainsi, il faudrait qu'il soit établi que Durozat ait été informé de ce risque; qu'il s'agissait d'un examen de pratique courante et qui n'éveille pas dans l'esprit du malade la moindre idée de danger; que c'est donc avec raison que le tribunal a retenu dans la cause l'application de l'article 1384.

Attendu qu'il a décidé que la responsabilité qui en découlait incombait au docteur G... qui avait la garde sinon matérielle du moins juridique de l'appareil ».

Cette distinction, adoptée par la Cour d'Appel de Lyon entre la radiothérapie, traitement médical, et la radioscopie, simple examen opéré dans un but non curatif, mais uniquement pour éclairer une partie du corps, avait déjà été retenue par la jurisprudence. (49).

Ces décisions ont relevé qu'un examen de pratique courante n'éveille pas dans l'esprit du malade la moindre

(49) Trib. civ. Seine, 17 février 1933, Gaz. Pal., 1933-1-734.

dée de danger, et qu'en conséquence le malade n'accepte en principe aucun risque. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le médecin ait pris soin de signaler l'existence d'un risque avant l'examen, ce qu'en pratique, il ne fait jamais.

Ainsi donc, la responsabilité du médecin en raison du fait des choses, se réduit au cas où le dommage provient d'une radiographie ou d'une radioscopie. Et dans ce cas elle est alors présumée; pas de nécessité pour la victime de prouver la faute de l'opérateur qui ne pourra se libérer qu'en prouvant que toutes les précautions raisonnables ont été prises.

En dehors de ce cas tout particulier, la jurisprudence ne reconnaît pas à l'encontre du médecin de responsabilité du fait de ses instruments. Elle l'a affirmé maintes et maintes fois.

Le Tribunal Civil de Nantes (50) estime que le médecin qui a provoqué une radiodermite ne doit pas être considéré comme responsable en vertu de l'art. 1384 « les brûlures n'ayant pas eu pour cause la chose même dont le docteur avait la garde, mais, l'application par celui-ci de cette chose... D'ailleurs, il y avait en ce cas des radiations nocives, fortuites insoupçonnées à l'époque du traitement (1922) par les plus illustres radiologues, et que le médecin ne pouvait prévoir dans l'emploi d'une méthode reconnue idoine par la science médicale d'alors et qui constituent par elles-mêmes des cas fortuits et de force majeure ».

L'acceptation et la connaissance du risque par le client déplacent la responsabilité du terrain de l'art. 1384 sur celui de l'art. 1382, le client ayant mis sa confiance dans l'habileté du praticien,

(50) Trib. civ. Nantes, 20 janvier 1925. Gaz. Pal. 1925-1-553.
Trib. civ. Marseille, 5 mai 1930. D. H. 1930, 389.

Citons le Tribunal Civil de la Seine: (51).

« Attendu que l'on ne saurait admettre comme le soutient la demanderesse que le docteur Hautant doit être présumé responsable en vertu de l'art. 1384 du Code Civil comme ayant eu sous sa garde l'œsophagoscope qui a causé le dommage.

Attendu en effet que l'article sus-visé n'est pas applicable lorsque ce dommage été causé par une chose à l'usage de laquelle la victime a volontairement participé.

Quant l'espèce l'œsophagoscopie a été pratiqué sur la demande même des époux Seignobos qui ne pouvait ignorer la nature de ce genre d'intervention, et qui, plaçant leur confiance dans l'habileté du spécialiste auquel ils s'adressaient, ont accepté par avance les risques que comportaient, avec l'examen lui-même, l'usage par le médecin de l'instrument opératoire approprié.

Attendu qu'il s'agissait en l'espèce d'un spécialiste qui avait procédé à l'examen du malade en se servant d'un appareil classique en parfait état, sans maladresse ni brutalité ».

Lorsqu'il s'agit donc de l'application d'appareils dangereux dans un but curatif, les Cours et Tribunaux recherchent la faute du médecin en vertu de l'art. 1382 du Code Civil et écartent l'application de l'art. 1384. (52).

« Considérant que les premiers juges tirent de ces principes constants la conclusion que toutes les fois qu'un dommage aura été causé par une machine soumise

(51) Trib. civ. Seine, 23 jun 1930. *Semaine juridique* du 17 juin 1934, p. 584, et *Paris Médical* du 12 mai 1934.

(52) Trib. civ. Seine, 3 janv. 1930. *Gaz. Pal.*, 1930-2-432.

Trib. civ. Bordeaux, 7 juin 1933. *Gaz. Pal.* 1933-2-615.

Trib. civ. de Belfort, 19 déc. 1934, rapporté dans *Paris Méd.* du 15 juin 1935.

Cour de Rennes, 5 déc. 1935. *Gaz. Pal.*, 6 février 1936.

la direction de l'homme il y aura présomption de faute du sens de l'art. 1384; qu'en matière de responsabilité du médecin ayant utilisé un appareil radio-électrique, le dommage n'a pu être créé que par le mécanisme dont il avait la garde, que le docteur X... doit donc être présumé responsable comme il le serait des blessures occasionnées par sa voiture automobile ou son fusil.

Considérant que des différences essentielles doivent pourtant être relevés entre l'utilisation à des fins curatives d'un appareil radio-électrique et l'usage d'une voiture, d'une arme à feu, que celles-ci ne sont destinés ni à atteindre ni à toucher des personnes, qu'au contraire la radiothérapie suppose la mise en marche par le médecin d'un appareil devant produire des rayons dont les propriétés destructives s'attaquent aux tissus des parties malades et dont l'application constitue le traitement sollicité par le client et accepté par lui; qu'il est intervenu entre le médecin et celui-ci ou son représentant légal, une convention aux termes de laquelle le premier moyennant rémunération, prend l'engagement de donner des soins au malade par l'intermédiaire de son appareil radioélectrique; que le patient se soumet volontairement à l'action de cet appareil, conduit et dirigé par la volonté du praticien, que ce malade n'accepte en vertu de ce contrat que les risques inhérents à toute thérapeutique régulière. Par ces motifs, dit inapplicable en l'espèce, les dispositions de l'art. 1384 ».

Cet arrêt rentre bien dans la ligne générale de la jurisprudence qui, reconnaissant un contrat médical, n'en admet pas moins une responsabilité délictuelle en cas de faute du médecin, faute non dans la garde de l'instrument, mais dans la conduite personnelle.

Nous ne paraphraserons pas la jurisprudence. Elle est quasi-unanime, et trop nette pour qu'on puisse la discuter.

Avec elle nous estimerons qu'il ne peut y avoir lieu à application de l'art. 1384 en matière de responsabilité médicale.

Avec elle aussi, nous estimerons qu'il y a bien lieu à application de l'art. 1384 dans le cas tout particulier de la radioscopie. Mais nous faisons remarquer qu'alors la responsabilité qu'encourt le radiologue n'est pas à proprement parler une responsabilité médicale. Elle est analogue à celle qu'encourt le photographe dans l'exercice de son métier.

En effet l'art. 12 de la loi du 30 novembre 1892 définit ainsi ceux qui exercent une profession médicale « toute personne qui prend part, habituellement ou par une direction suivie au traitement des maladies ou des affections chirurgicales » le fait de poser un diagnostic, même par des moyens scientifiques, ne suffit pas à constituer le délit à exercice illégal de la médecine. (54).

C'est pourquoi semble-t-il un radiologue qui se contenterait de faire des radioscopies, pourrait ne pas être médecin, et la responsabilité du fait de l'art. 1384 que lui impose la jurisprudence n'est pas une responsabilité médicale.

Une application élargie de l'art. 1384 serait d'ailleurs très lourde pour les médecins. En effet nous sommes ici sur le domaine de la faute présumée, et non plus sur celui de la faute personnelle toujours plus difficile à prouver.

Il semble que ce soit cette impossibilité d'application de l'art. 1384 qui ait poussé la jurisprudence de la Cour de Cassation, manifestement hostile au corps médical, à établir par l'arrêt du 20 mai 1936 une responsabilité mé-

(53) Cour de Rennes, 14 nov. 1934. Gaz. Pal., 1935-1-104.

(54) Cass. Crim. 25 juillet 1908. S. 1912-1-235.

le uniquement contractuelle. Là en effet la faute est
si présumée et la charge de la preuve n'en incombe
s au demandeur.

otre seconde partie va être consacrée à l'étude criti-
de cet arrêt.

DEUXIEME PARTIE

Etude critique de l'arrêt de la Chambre civile du 26 mai 1936

Le docteur Roche, ayant à exposer à la Société Médicale de Genève comment se présentait à son avis l'évolution de la médecine, a intitulé sa communication : « Trente ans de progrès et quelques regrets ».

C'est une phrase toute faite de dire que depuis le début du siècle, la médecine a bien changé. On a assisté à la transformations des maladies. Certaines ont disparu, d'autres au contraire, ont été découvertes, n'étant parvenues que les anciennes sous un nom plus scientifique. N'a-t-on pas dit que la grande découverte du XXe siècle avait été d'appeler coryza le rhume banal? Les alcooliques sont devenus nombreux, mais il y a moins d'ivrognes. Le suicide est à la mode, et nous ne rappellerons pas la vogue qu'a eue le gaz tout récemment.

Le diagnostic nécessite maintenant l'intervention d'un nombre de spécialistes de plus en plus grand. Par contre les examens courants, il y a trente ans, sont abandonnés. Les conceptions pathologiques ont également évoluées.

Les perfectionnements de l'instrumentation, la précision des dosages chimiques permettent de révéler des impo-
dérables.

On a fait des progrès en thérapeutique. La transfusi-
du sang est passée dans la pratique. Par contre, la s-
gnée est de nouveau en faveur : « Multa renascentur q-
jam cecidere ».

La médecine ayant changé, les médecins ont dû cha-
ger eux aussi.

Un journal médical, dans un numéro récent (1), tra-
le portrait du médecin tel que le voyait Hippocrate :

« Il est de règle pour un médecin, disait le Père de
médecine, de conserver autant que possible le teint fr-
et de l'embonpoint, car le vulgaire s'imagine que le m-
decin qui n'a pas ainsi une bonne apparence ne doit p-
bien soigner les autres.

Il faut qu'il soit propre de sa personne, qu'il ait
vêtement décent et des parfums suaves dont l'odeur
soit désagréable pour personne, car cela fait beauc-
au malade. Il doit rechercher cet esprit de modérat-
qui ne consiste pas seulement dans le silence, mais enc-
dans une vie particulièrement réglée. En effet, rien
contribue autant à la bonne réputation.

Il faut joindre de belles manières, des mœurs douces
s'il se montre tel, le médecin passera aux yeux de t-
pour un homme respectable et pour un observateur
conscience».

Les années, les siècles même ont passé, et pendant t-
longtemps le médecin a observé scrupuleusement ces c-
seil d'Hippocrate tant au point de vue de l'habitus ex-
rieur qu'à celui de l'état moral

Puis, des lois dites sociales ont été votées, la gra-

(1) *Le Progrès Médical*, 6 février 1937.

guerre est venue. Il en est résulté un bouleversement du monde entier, tant dans les habitudes que dans la morale.

La médecine s'est démocratisée. Le médecin au chapeau haut de forme et à la redingote avec cravate blanche a disparu. Comment dans un tel costume aurait-il pu, le malheureux, conduire son auto? On a déploré, comme dans la plupart des professions une crise morale provoquée par la lutte pour la vie. Les médecins marrons, rédacteurs de faux certificats, et passés maître dans la manipulation des substances abortives ont jeté le discrédit sur cette honorable profession.

Les clients eux-mêmes ont évolué. Il est d'ailleurs difficile de déterminer si cette évolution est la cause ou l'effet de celle dans le comportement des médecins.

Malgré les efforts de diffusions scientifiques, malgré les articles de médecine qu'écrivent pour eux dans des quotidiens ou des hebdomadaires des médecins souvent éminents, les malades n'ont pas beaucoup évolué dans la compréhension de la médecine, et ce peut-être précisément à cause de ces articles de vulgarisation. Les réclames de la dernière page des journaux qui indiquent les effets et le mode d'emploi en même temps que le nom et les qualités des remèdes, incitent les malades à se soigner tous seuls.

Combien de gens croient actuellement « en savoir autant que le médecin ». Ils n'ont recours à lui que lorsque après cette autothérapeutique instituée sans succès « ça ne va pas mieux ». Le médecin est appelé alors souvent trop tard. La guérison est devenue difficile, une intervention efficace n'est plus possible et le client pseudo-médecin traite d'ignare celui qui ne peut plus le guérir.

La vogue des charlatans n'a jamais été aussi grande, même auprès des sujets intelligents et instruits. Tel, et nous en avons vu nous-mêmes l'exemple, vient chercher

le médecin pour faire une piqûre antitétanique à son fils qui vient de se casser la jambe, mais va chercher le rebouteux pour réduire la fracture.

Un docteur ayant écrit un article sur les dangers des charlatans avec faits à l'appui pensait bien ainsi en éloigner le public. Quel ne fut pas son étonnement, quelques jours après, de s'entendre demander par téléphone l'adresse du charlatan cité dans son article. Un lecteur voulait le consulter.

Et ceci explique les réflexions quelque peu désabusées que le docteur E. Crouzel publiait, il y a peu de temps, dans ses « Aphorismes vécus ».

« La clientèle est composée de 5/10 d'imbéciles, de 4/10 de tardigrades et de 1/10 d'intelligents. Ces derniers seuls s'adressent au médecin instruit. La seconde catégorie s'adresse au médecin tout court, et la première constitue la clientèle du médecin roublard, de la somnambule, du rebouteux et du sorcier. Pauvre humanité ! »

La médecine, autrefois un art est devenue une science. Les médecins n'ont pas su conserver ce prestige qui faisait leur force. Les clients ne mettent plus en eux toute leur confiance.

Comment s'étonner dès lors de l'accroissement inquiétant du nombre des procès en responsabilité intentés contre les médecins ? Là où autrefois on supportait les dommages causés en s'inclinant devant le hasard néfaste, on tente aujourd'hui de trouver l'auteur du dommage, comme le fait remarquer Ripert.

L'exercice de la médecine étant devenue une profession comme les autres, les tribunaux lui appliquent les règles générales en matière de responsabilité, notamment quant à la nature de cette responsabilité, question qui nous occupe plus particulièrement.

Or nous verrons dans le cours de cette étude qu'à la suite d'une évolution qu'il nous appartiendra de préciser,

la responsabilité délictuelle a dû céder le pas devant la responsabilité contractuelle.

Appliquant le principe qu'elle s'était fixée elle-même de ne pas faire de différence entre la profession médicale et les autres professions la Cour de Cassation, par un arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936, a posé le principe d'une responsabilité médicale uniquement contractuelle.

Quelles vont être les conséquences de ce revirement, précédé, causé peut-être par une doctrine unanime, c'est ce que nous nous efforcerons de déterminer.

Cette seconde partie, consacrée à l'étude critique de l'arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936 sera donc divisée en trois chapitres.

Le premier chapitre sera consacré à cette évolution, à cet essor du concept contractuel selon l'expression de M. Josserand, tant en règle générale qu'en matière médicale, à sa substitution, lente mais sûre, à la position délictuelle.

Le second chapitre sera une étude de l'arrêt lui-même. Nous y verrons les faits de la cause et les promoteurs de cette décision qui a véritablement bouleversé l'ordre préexistant.

Dans un troisième et dernier chapitre, nous essayerons enfin de déterminer quelles vont être les conséquences de cette position pour le corps médical, recherche difficile étant donné la concision de l'arrêt qui pose un principe et n'en déduit qu'une conséquence, en matière de prescriptions, alors qu'il en est bien d'autres.

CHAPITRE PREMIER

Éssor du concept contractuel et responsabilité médicale

Dans la ligne générale de la jurisprudence, l'arrêt du 20 mai 1936, n'est pas un cas isolé, mais un jalon posé plus loin dans la voie de l'élargissement de la responsabilité contractuelle.

La notion de faute semble à l'heure actuelle, à la jurisprudence comme à certains auteurs, une notion ne permettant pas de serrer d'assez près la responsabilité de la partie dominante à l'égard de l'autre partie.

Car en effet, dans les rapports humains, et c'est la règle de la nature, il se trouve toujours que l'une des parties ait une position privilégiée par rapport à l'autre, soit qu'elle n'ait pas nécessité de vendre, soit qu'elle ne désire pas acheter dans un délai très bref. C'est ce que nous nommerons par convention la partie dominante.

Par contre l'autre partie qui a nécessité de vendre ou d'acheter se trouve n'être pas maîtresse du marché, mais au contraire dirigée et en quelque sorte dominée par l'autre partie.

Cette attitude se retrouve lorsqu'il n'y a pas rapports provoqués entre deux individus mais rapport subi comme en matière de responsabilité délictuelle.

Un autobus prend feu alors qu'il transportait des voyageurs. Une des personnes transportées est grièvement brûlée. Le droit à une indemnité naît de la faute du conducteur de l'autobus. Encore faut-il préciser cette faute, l'admission de sa preuve, au total il faut délimiter le délit.

Or, il se trouve que dans ce cas d'espèce souvent le transporteur se trouve dans une situation privilégiée par rapport au transporté, et que le cadre attribué à la notion de faute se trouve trop étroit.

La jurisprudence a bien tenté de faire éclater ce cadre par des interprétations, jusqu'au moment où, abandonnant cette lutte sournoise entre les faits et les principes, elle a préféré porter le débat sur un autre plan, le terrain du contrat.

Il y a une nécessité primordiale à cela. C'est la nécessité qu'a le droit de serrer de plus près l'idéal de justice. Cet idéal serait que dans les rapports humains aucune des parties en opposition ou en contact n'ait un avantage par rapport à l'autre en dehors de celui que lui donne son juste droit.

Toute la science juridique a pour charpente l'équilibre. Et de même que dans l'art de l'architecte il y a recherche de symétrie, de même dans le droit il y a recherche d'équilibre.

Or, la difficulté est que le droit se range parmi les sciences sociales participant à la fois de l'observation des faits et de la construction de l'esprit.

Cette attache avec le fait rend l'équilibre plus difficile à obtenir. Et si les sciences expérimentales peuvent se contenter d'émettre des lois générales et très rares comme l'attraction de la pesanteur, ou la gravitation universelle,

le droit lui ne peut négliger rien du détail des rapports humains, car il importe de ne laisser à l'arbitraire aucune place.

Aussi, une fois construit, le droit vit par opposition de théories, constructions de jurisprudence, interprétations de textes, dans un souci harcelant de serrer le fait pour mieux le juger, pour mieux équilibrer les forces en présence.

Ainsi voyons-nous se substituer lentement mais d'une poussée sûre le contrat au délit.

C'est cette conquête qui se précise chaque jour davantage sous l'impulsion des auteurs écoutés que sont MM. Saleilles et Josserand, les « syndics de la faillite de la faute » comme Ripert les a surnommés, que chaque jour et dans tous les domaines le contrat supplante le délit, et que nous voulons étudier d'abord dans la ligne générale de la jurisprudence, ensuite en matière purement médicale.

SECTION I

LE MOUVEMENT DE SUBSTITUTION DU POINT DE VUE CONTRACTUEL A LA POSITION DELICTUELLE

Il y a trop de différence entre le mode de vie de l'heure actuelle et celui de 1804 pour que l'on puisse s'en tenir à la théorie de la responsabilité du Code, résultant d'une longue évolution non encore terminée.

Les activités dangereuses se multiplient autour de nous. Il faut adapter la théorie du Code à la vie moderne. Cette modification est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence. Il y a eu beaucoup de tâtonnements, d'hésitations, d'arrêts même.

Ce mouvement a aussi sa répercussion dans le mouvement législatif. Toute une série de lois sont venues manifester cette préoccupation d'adapter la théorie de la responsabilité aux besoins de l'heure actuelle.

— loi du 9 Avril 1898 sur les accidents du travail ;

— loi du 31 Mai 1924 sur la responsabilité du conducteur ou de propriétaire d'aéronefs.

L'idée de faute semblait devoir être toujours à la base de la notion de responsabilité. Longtemps on ne considéra qu'elle.

Mais à la fin du 19^e siècle, sous l'influence de la complication à la vie multipliant les activités dangereuses et sous la tendance à la socialisation du droit, on en est venu à considérer la notion de faute comme insuffisante.

On a reproché à la responsabilité basée sur elle d'être trop peu réparatrice. Des juristes ont pensé qu'elle ne correspondait plus aux besoins nouveaux de la vie contemporaine. Ils ont renversé les positions du problème et estimé que « la crise de la responsabilité » était assez grave pour pouvoir substituer à la théorie de la faute celle du risque créé.

Cette théorie supprime l'idée de culpabilité et d'imputabilité. Il n'y a plus à considérer le caractère fautif dans les activités dommageables, mais seulement l'exercice des activités. Le seul fait d'agir oblige celui qui agit à couvrir les risques causés par son activité quelle qu'elle soit.

Dans cette théorie, on ne considère donc que deux éléments constitutifs du délit : l'activité et le dommage.

Est-ce à dire que soit justifié le changement complet ? Evidemment, un élargissement de la responsabilité s'impose. Mais il ne faut pas transformer complètement l'idée de responsabilité, et s'écarter de la notion de faute. Appliquer cette théorie, c'est paralyser l'initiative et favoriser

responsabilité subsiste à la charge de ce que nous nommons tout à l'heure la partie dominante, la plus forte donc la plus susceptible de supporter la charge de la responsabilité.

Donc en pratique, le renversement des points de vue ne peut s'appliquer entièrement. Nous sommes toujours ici sous le coup de l'art. 1382 dans le terrain de la responsabilité personnelle et la jurisprudence intervient pour faire un moyen terme entre la théorie de la faute et la théorie du risque.

Au contraire, sur le terrain de l'art. 1384, la jurisprudence a fait un grand pas et a beaucoup élargi le champ d'application des présomptions légales de faute. Sur ce terrain, l'assurance joue un grand rôle et permet de faire fonctionner la responsabilité. Depuis le Code Civil, cette notion de responsabilité fondée sur l'art. 1384 s'est beaucoup développée. Tous les arrêts fondés sur cet article lui ont donné une portée considérable.

En matière de responsabilité du fait d'autrui, une théorie s'est fait jour qui risque d'être bien dangereuse. C'est la théorie du préposé occasionnel. Cette thèse a été appliquée par la Cour de Cassation au chauffeur qui se trouve sous la direction d'une personne autre que son patron au moment où se produit l'accident. Sans doute, ce tiers n'est pas le commettant du chauffeur puisqu'il ne le paie pas et ne l'a pas choisi, mais la Cour reconnaît qu'au moment où le dommage a été causé, le chauffeur était occasionnellement son préposé. (5).

Ceci n'est qu'un exemple mais montre jusqu'à quel

(5) Cass., 19 janv. 1927. Gaz. Pal., 1927-1-436.

Dans le même sens: Cass. Civ., 13 fév. 1924.

Gaz. Pal., 1924-1-648. D. 1925-1-134.

Cour de Bordeaux, 18 janvier 1926. Gaz. Pal. 1926-1-384.

point la jurisprudence a élargi la responsabilité du fait d'autrui. Il en est de même pour la responsabilité du fait des choses.

Certains arrêts ont estimé que le propriétaire est responsable du dommage causé par sa chose. Il suffit qu'il soit propriétaire et alors sa responsabilité est irréfragable. Si on avait continué dans cette voie, on aurait eu une immense source de responsabilité basée uniquement sur la propriété. Mais on n'a pas osé aller jusqu'au bout.

La recherche d'une faute, quoique ce soit pourtant là, le fondement traditionnel de toute responsabilité fut donc supprimée aussi souvent que cela était possible. La loi elle-même vient au secours de la victime par l'établissement de présomptions de faute qui lui enlèvent le fardeau de la preuve.

Mais cette application de l'art. 1384 ne peut être universalisée. La jurisprudence arriva alors au même résultat en substituant le point de vue contractuel au point de vue délictuel.

Si ce fait reproché ne provient pas uniquement d'un délit, s'il a été précédé d'un contrat, si le fait dommageable a sa source originaire dans une convention antérieure à la réalisation du dommage, la responsabilité peut être considérée comme contractuelle.

Ainsi s'accroît le contenu obligatoire de nombreux contrats. La doctrine a une propension manifeste depuis un quart de siècle, à développer la responsabilité contractuelle. Les conventions imposent aujourd'hui aux parties ou à l'une d'elles des devoirs autrefois insoupçonnés. La responsabilité née à cette occasion est placée sous le signe du contrat.

Ce puissant mouvement doctrinal, que nous ne saurions retracer ici a été mené de main de maître par M. Josserand qui résume ainsi la situation :

«La responsabilité contractuelle est en marche. Elle tend à refouler la responsabilité délictuelle. On distingue aujourd'hui des contractants là où jadis et en ce qui concerne un rapport obligatoire déterminé, on ne discernait que des tiers ». (6).

Depuis un quart de siècle environ, la Cour de Cassation et les Cours d'Appel ont développé elles aussi le terrain de la responsabilité contractuelle.

En matière de transport de personnes, depuis 1921, la notion de contrat a été substituée à celle de délit (7) et on considère comme incluse dans le contrat une dette de sécurité.

A propos de jeux forains, il en est de même depuis 1925 (8).

En matière d'accident survenu au client d'un manège (9).

Apropos du contrat d'hôtellerie (10) et du contrat de bail (11).

Pour l'accident survenu à un client dans une ménagerie (12).

Au cours d'une fête sportive (13).

(6) Josserand. *Cours de Droit civil français*. tome II, p. 237, n° 487.

(7) Civ. 21 nov. 1911. D. P. 1913-1-249, note de M. Sarrut.

(8) Nancy, 26 juin 1925 et Paris, 22 février 1926. D. P. 1927-2-25, note de M. Lalou.

Lyon, 7 décembre 1928. D. P. 1929-2-17.

Toulouse, 22 octobre 1934. D. P. 1935-2-39, note de M. L. Mazeaud.

(9) Lyon, 1^{er} avril et 21 oct. 1922. D. P. 1921-2-51.

(10) Req. 18 décembre 1928. D. H. 1929, 17.

Lyon, 24 juin 1920. D. P. 1922-2-40.

(11) Lyon 23 oct. 1925. Rec. des sommaires 1962, n° 1696.

Nîmes, 2 juill. 1929. Semaine juridique, 1929, p. 1216.

Colmar, 29 avril 1930, Rev. d'Alsace-Lorraine, 1930, p. 377.

(12) Tr. civ. Boulogne-s.-Mer, 25 mars 1932. D. H. 1932, 391.

(13) Rabat, 9 juin 1934. Rec. Rabat, 1935, p. 206.

Au client d'un établissement de bains (14).

Pour l'incendie causé par une batteuse mécanique qui a communiqué le feu à la récolte du propriétaire du champ, alors que celui-ci avait traité avec l'entrepreneur pour le battage (15).

Il avait été constant jusqu'à l'éclosion de cette jurisprudence que le fait susceptible de réparation avait une base délictuelle qu'il était donc considérée comme née d'un rapport fortuit entre la partie lésée et l'autre partie.

L'élément faute était indispensable aux termes de l'art. 1382 pour obtenir réparation. Or il se trouvait que dans les cas précités il n'existait pas où était difficilement prouvable.

Une chose se trouvait établie, c'est qu'un dommage avait été causé.

Dans tous ces cas, le dommage était né par l'action d'une chose ou d'un animal sous la garde de la partie attaquée par la victime de l'accident.

L'art. 1384 aurait pu s'appliquer. Mais outre que son cadre était étroit, le problème restait le même. Il restait à établir que le défendeur était gardien de la chose.

Tandis que le contrat par lequel le spectateur d'une fête sportive (16) verse une somme à l'organisateur de la fête afin d'y assister est au contraire beaucoup plus facile à prouver. Mais, par l'admission au spectacle, l'organisateur s'engageait à fournir un spectacle sans danger pour celui qui y assistait. Ce n'était donc plus au spectateur à prouver la faute de négligence ou d'omission de l'organisateur, mais à l'organisateur à prouver qu'il avait assuré la sécurité du spectateur.

(14) Trib. de Corbeil, 8 mars 1935, sous Paris, 25 juin 1935. *Revue* alloz mensuel, 1936, deuxième partie, page 14, note de J. Lalou.

(15) Paris, 9 janv. 1933. *Gaz. Pal.*, 1935-1-698.

(16) Rabat, 8 juin 1934, précité.

Premier avantage au sujet de la preuve de cette nouvelle conception contractuelle.

Autre avantage: la prescription, de triennale, devient trentenaire aux termes de l'art. 2262 du Code Civil.

Car les rapports entre les deux parties ne présentent pas dès l'abord l'équilibre recherché par le droit. Le transporteur se trouve par rapport au transporté dans un état favorable, en position dominante. En effet le transporté, s'il a un intérêt à être transporté, a un intérêt plus grand que celui du transporteur qui vise un gain.

Ce transport peut avoir pour lui des conséquences considérables au point de vue moral comme au point de vue matériel. Ayant plus d'intérêts, il se trouve dans une position plus défavorable. Il importe le cas échéant, de donner au moins favorisé le moyen de rétablir l'équilibre surtout lorsqu'il a subi un dommage.

Cet équilibre, la jurisprudence actuelle a cru le trouver en admettant, dès que cela est possible, une responsabilité contractuelle.

Dans cette étude sommaire, dans ce plan en grandes lignes de tendances générales de la jurisprudence en matière de responsabilité, nous ne saurions insister au risque de perdre de vue l'objet de notre étude. Nous nous contenterons donc de faire nos résutats acquis étudiés par ailleurs dans une somme considérable d'ouvrages juridiques des plus compétents.

Nous constatons simplement en conclusion qu'il semble difficile de donner un tableau absolu des tendances de la jurisprudence en matière de responsabilité. C'est que les tribunaux jugent en fait et par cas d'espèces. Ceci n'affaiblit en rien les tendances manifestées mais, de leur contradiction même il est permis de parler de relativité.

et il semble interdit d'augurer de l'avenir d'une tendance.

Mais après cette étude de la jurisprudence en général, il s'agit pour nous maintenant d'étudier le cas spécial de la responsabilité médicale. Ce sera l'objet de notre seconde section.

SECTION II

SA MANIFESTATION EN MATIERE DE RESPONSABILITE MEDICALE

L'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité médicale a suivi le même processus que celui que nous venons de résumer dans la ligne générale de la responsabilité.

Nous avons vu dans notre première partie que la jurisprudence fondait habituellement la responsabilité médicale sur les art. 1382 et 1383. Elle n'appliquait l'art. 1384 qu'au cas tout particulier de la radioscopie. Mais nous avons eu l'occasion de voir que les tentatives d'élargissement du délit s'étaient manifestées là comme ailleurs. Les clients n'auraient pas demandé mieux que de voir les médecins présumés responsables même sans faute. Un arrêt esté sans écho inflige aux médecins une responsabilité au fait des choses.

Les malades mécontents, s'appuyant sur l'évolution générale de la théorie de la responsabilité, ont alors porté la responsabilité du médecin sur le champ du contrat.

Ce mouvement, arrivé tout récemment à son but, remonte pourtant à longue date.

Le 21 Août 1839, la Chambre des Requêtes rendait un

arrêt (17) par lequel elle reconnaissait l'existence possible d'un contrat entre le médecin et son client. Un attentat du caractère nous montre le sens que la jurisprudence donnait à ce contrat :

« Que la convention par laquelle un médecin s'oblige à donner pendant toute sa vie les soins de son art à une personne ou aux gens de sa maison, n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

Il s'agissait tout d'abord de déclarer la légitimité d'un tel contrat et sa conformité à l'ordre public. Ce qui prouve entre autre que cette légitimité était contestable et pouvait être contestée.

Mais d'autre part, il est question dans cet arrêt d'une véritable convention non pour la période d'une maladie mais pour toute la vie du médecin. Ainsi, aux dires d'explorateurs, certaines familles ont l'habitude, en Chine, de verser mensuellement une certaine somme à un médecin qui s'engage, par le fait, à les soigner quand la nécessité s'en fait sentir.

Convention certes, mais convention générale sans limitation de durée et dont les efforts s'arrêtent avec la vie du médecin. Nous sommes loin de la convention médicale moderne, qui naît entre un client éventuel et souvent inconnu du médecin, et celui-ci qui n'a été choisi parfois que par raison de voisinage ou de réputation, convention limitée en tout cas à la durée de la maladie.

On pouvait concevoir qu'il y ait une raison d'ordre public à interdire un tel contrat. Le médecin est indépendant, il est tenu seulement par les termes de son serment prononcé au jour de sa thèse. Son art est à la disposition de l'humanité égarée. Il ne peut le refuser, sous peine d'encourir une grave responsabilité morale, même

(17) Req. 21 août 1839. Répertoire Dalloz, Louage d'ouvrage et d'industrie, n° 27.

son plus intime ennemi s'il est en cas de besoin. Les sentiments d'hommes, ses convictions politiques, ses passions doctrinales s'effacent devant l'exercice de sa profession.

Ne semble-t-il pas immoral de permettre à un individu quelconque de s'attacher un homme si utile au public, pour son profit personnel et simplement éventuel ? Ah, certes, on pouvait le penser si une telle convention avait envisagé par hypothèse l'exercice exclusif de la profession à un groupe limité d'individus avec défense dans n'importe quel cas de donner des soins à d'autres.

Mais sans cette convention draconienne, une pareille convention pouvait se concevoir. Obligé par sa conscience professionnelle de donner à tous ses soins en cas de besoin et ce durant toute sa vie professionnelle, on pouvait envisager qu'il donnât des soins, de préférence à tout autre médecin, pendant cette même durée, à une famille ou à une personne confiante dans ses capacités.

La nuance entre le contrat possible et moral et le contrat naissant occasionnellement pour un temps très limité, est délicate à saisir mais elle existe néanmoins à un degré suffisant pour la noter.

Indépendamment, on peut concevoir dans le précédent l'admission d'une conception contractuelle entre le médecin et son client. Il s'agit souvent de préparer les voies à une conception qui paraîtrait de prime abord brutale par une gradation moins violente, pour faire admettre en fin de compte cette conception.

C'est ce qui semble s'être produit au cours du XIX^e siècle. Le médecin, ainsi lié contractuellement n'était responsable sur le terrain du contrat que s'il refusait ou négligeait de donner ses soins à ceux à qui ils les avait promis. Tel l'interne des hôpitaux qui néglige son service et qui, commis par un contrat à un rôle, est responsable sur le terrain de la convention s'il ne le remplit pas.

Mais si, trompant par son incapacité ou une faiblesse passagère la confiance qu'on avait mis en lui à l'origine et qui l'avait fait choisir parmi ses confrères, ce médecin commettait une faute professionnelle, c'était sur le terrain de sa profession qu'il pouvait être poursuivi. Sa responsabilité était délictuelle.

Car contractuellement, il avait promis ses soins, et non pas, ce qui eut été quelque peu choquant, la garantie de sa probité et de sa conscience professionnelle.

Si par hasard, il lui arrivait d'y manquer, hors du contrat, il tombait sous le coup de la loi. Sa responsabilité était légale, basée soit sur les art. 1382 et 1383, soit plus spécialement sur l'art. 1384.

Donc, contractant dont l'obligation était limitée seulement aux soins promis, le médecin n'échappait pas à ses fautes, car le champ très large du délit le recevait pour tout ce qui concernait l'administration utile, effective, efficace, sûre de ses soins.

Et ainsi, la jurisprudence, pendant très longtemps, ne se préoccupe pas de l'intention des parties, se limitant à rechercher si sur le terrain légal le médecin s'est bien acquitté des devoirs de son art, d'après les usages, les règles de sa profession médicale et en l'état de la science du moment. Cette responsabilité est si peu contractuelle que les parties ne peuvent ni l'écarter ni la restreindre. Avec toute sa force elle s'impose à elles. Elle est légale. Ainsi, c'est toujours sur les art. 1382 et 1383 que la jurisprudence s'appuie pour étayer la responsabilité médicale.

Nous ne donnerons pas les arrêts même les plus récents et les plus caractéristiques de cette jurisprudence qui fut longtemps unanime. Ils ont fait l'objet de notre première partie.

Cependant la notion du contrat possible mais pécuniaire survit quoique sommeillante ne régissant que certains des rapports entre le médecin et son malade.

Il est à noter cependant que peu à peu cette conception contractuelle ne précise en se spécialisant. Le contrat à durée illimitée devient admis lorsqu'il est à durée limitée pour une maladie. C'est déjà la responsabilité médicale qui évolue et qui, par la nouvelle forme qu'elle donne aux rapports entre médecin et malade ouvre encore davantage la voie à un champ plus large de la responsabilité contractuelle.

Sous quelle influence? C'est ce que nous allons dès lors rechercher afin de mieux serrer cette évolution. Examinons tout d'abord la doctrine.

Aubry et Rau, Denolombe ont contesté naguère l'existence d'un pareil contrat entre le médecin et son client. Nous avons déjà réfuté leur théorie. Il font notre au contraire que de nos jours la doctrine la plus récente, est quasi-unanime à rattacher malgré la jurisprudence la responsabilité du médecin, du contrat tout au moins lorsque le fait dommageable se rattache à l'exécution du contrat intervenu entre parties.

MM. H. et L. Mazeaud, dans leur « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, (18) sont catégoriques sur ce point. Du moment que le dommage causé résulte de l'inexécution d'un contrat, la responsabilité ne peut être que contractuelle. Interprétant et sollicitant la jurisprudence, ils voient dans l'application de l'art. 1382 non pas une contradiction mais une affirmation de cette responsabilité du médecin. Ainsi les arrêts de jurisprudence imposent au médecin « une prudence ordinaire, celle qu'exige l'art. 1382 du Code Civil, ils recherchent alors si le médecin a fait montre de cette prudence, mais n'ont nullement la pensée de sortir du domaine contractuel » est à l'appui de cette thèse ils citent l'arrêt de la

(18) H. et L. Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, deuxième édition, tome 1, n° 146.

Chambre Civile du 8 février 1932 (19) reconnaissant l'existence du contrat, l'arrêt de Rennes du 27 nov. 1931 (20) décidant du caractère solidaire ou non des obligations. En conclusion, déclarent-ils, l'affirmation faite, par la jurisprudence que la responsabilité médicale est basée sur les art. 1382 et 1383 n'est que verbale, elle ne répond pas à la réalité juridique et jurisprudentielle.

Il est curieux de noter en passant combien une opinion préconçue peut influencer les auteurs de la meilleure foi du monde. Faire de la jurisprudence un système cohérent équivaut à assembler en édifice des matériaux de semblable espèce mais d'origine et de fabrication différente.

Nous avons soutenu avec quelque raison nous semble-t-il, que les tribunaux jugent le plus souvent par cas d'espèces et tentent de justifier leur décision par des éléments juridiques. En somme, ils font cadrer le fait avec le droit.

Et c'est tant mieux ainsi. Puisque deux procès ne se présentent pas en fait sous la même apparence, il serait parfois injuste de protéger au nom de textes qui n'ont pas été édictés pour celà, des plaideurs de mauvaise foi.

Ainsi il paraît quelque peu partial de prêter à la jurisprudence un sens différent de celui qu'elle émet clairement. Parler de revirement serait beaucoup s'avancer. Le plus prudent semble-t-il est de noter une tendance pas très évidente en énonçant des réserves. Mais interpréter la jurisprudence d'une façon si hardie nous semble téméraire.

M. Lalou dans son «*Traité de la responsabilité civile*» (21) déclare que l'application des articles 1382 et 1383

(19) Civ. 8 février 1932. D. H. 1932, p. 202 et 203.

(20) Rennes, 27 nov. 1931. Rec. Rennes, 1933, p. 189.

(21) Lalou. *Traité de la responsabilité civile*, première édit., n° 167; deuxième édition, n° 422.

« n'est pas justifiée dans les rapports entre le client et le médecin parce qu'il y a contrat ».

Déjà en 1919, cet auteur émettait une pareille théorie dans un article sur « le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins » (22).

MM. Demogue (23), Colin et Capitant (24), M. Paul Durand (25), Denisse (26), André Brun (27), Bru (28), Camermann (29), Jean Mazen (30), Abel (31) et nous en passons sont de l'opinion que la responsabilité civile du médecin est contractuelle.

Citons M. Hugueney (32).

« Faire de la responsabilité du médecin vis-à-vis de son client, une responsabilité délictuelle, c'est une solution qui ne peut se comprendre qu'historiquement parce qu'autrefois on s'imaginait qu'entre le médecin et son client il n'y avait pas de contrat, que se serait rabaisser les professions libérales et pour ainsi dire leur ôter leur caractère libéral, que d'enserrer ceux qui les exercent dans les liens d'un contrat. Ce préjugé mis de côté, et c'est un préjugé qui s'en va, il n'y a pas de raison pour

(22) Gaz. Trib. du 4 nov. 1919.

(23) Demogue. *Traité des obligations*, tome 6, n° 181.

(24) Colin et Capitant. *Cours élémentaire de Droit civil français*, septième édition, tome II, n° 630 et 785; huitième édition, tome 2, n° 928.

(25) Durand. *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse de Droit, Paris, 1931, n° 33, p. 103; n° 56, p. 155.

(26) Denisse, note au D. P. 1920-1-30.

(27) Brun. *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, n° 245.

(28) Bru. *La responsabilité civile des médecins*, thèse de Droit, Lyon, 1911.

(29) Camermann. *La responsabilité civile des médecins*, thèse de Droit, Paris, 1932, page 34 et suiv.

(30) Jean Mazen. *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, 1934, p. 32 et suivantes.

(31) Abel. *La responsabilité civile des médecins*, p. 87 et suivantes.

(32) Hugueney. *Annales de médecine légale*, 1928, p. 123.

ne pas reconnaître en France comme en Belgique que la responsabilité du médecin est une responsabilité contractuelle ».

Mais quelle est la dénonciation de ce contrat? Les auteurs avous-nous vu sont partagés sur ce point. Mais tous sont d'accord pour lui reconnaître les caractéristiques d'un contrat synallagmatique (33).

Nous n'insisterons pas sur la nature et les effets de ce contrat. Nous en avons fait l'objet de la partie antérieure de notre étude.

Rares parmi les auteurs français contemporains sont ceux favorables à la nature délictuelle de la responsabilité médicale. Citons MM. Pommerol (34), Marcel Nast (35), Peytel (36), Mlle P. Nègre (37).

D'aucuns (38) sont favorables au maintien de la position antérieure à l'arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936, c'est-à-dire à la coexistence en la matière des deux ordres de responsabilité délictuelle et contractuelle.

Cependant, il nous faut constater que si la doctrine presque unanime a montré le chemin à la jurisprudence, celle-ci se trouvait encore singulièrement en retard sur celle-là. Malgré les interprétations que font les auteurs favorables à la thèse de la responsabilité contractuelle il n'en reste pas moins vrai que dans la lettre et, tout permet de le soutenir, dans son esprit, la jurisprudence

(33) Ambroise Colin et Henri Capitant, op. cit. t. 2, n° 928.
Demague, op. cit., t. 6, n° 181.

H. et L. Mazeaud, op. cit., t. 1, n° 508 et suiv.

H. Lalou, op. cit., n° 422.

(34) Pommerol. *La responsabilité médicale devant les tribunaux*. Lille, 1931, p. 17.

(35) Marcel Nast, note au D. P., 1932-2-5.

(36) Peytel. *La responsabilité médicale*. Baillière, 1933.

(37) P. Nègre. *La responsabilité civile dans la pratique de la médecine*. Thèse Aix, 1935, p. 54 et suivantes.

(38) Fernand Ferres. *Du fondement et du caractère juridique de la responsabilité des médecins*. Thèse 1934.

admettait avant l'arrêt de Cassation de 1936, la responsabilité délictuelle du médecin et puisque uniquement celle-ci au long de notre première partie.

Nous avons cependant pu retrouver des arrêts qui admettaient déjà la responsabilité contractuelle des médecins.

Ainsi, certains, tout en s'appuyant sur les art. 1382 et 1383 n'hésitaient pas ensuite à faire la distinction entre faute lourde et faute légère ou même très légère, en retenant les premières et repoussant les secondes, façon de faire dont il ne saurait être question en matière de responsabilité délictuelle (39).

Quelques tribunaux inférieurs admettaient même déjà vers cette époque la responsabilité contractuelle du médecin (40).

Plus tard, nous trouvons dans le même dans un arrêt du Tribunal Civil de la Seine (41) du 30 juin 1932.

Et nous en arrivons ainsi à l'arrêt de la Cour d'Aix du 16 juillet 1931 (42) qui porté devant la Cour de Cassation par le médecin mécontent, fit l'objet du fameux arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936 qui est l'objet même de notre seconde partie :

L'arrêt de la Cour d'Aix est formel :

« Or, attendu que ces relations juridiques d'un médecin et de son malade entraînent dans le cadre du contrat de louage de service, le médecin s'engageant à donner au malade ses soins assidus, éclairés et prudents, le malade s'engageant à payer au médecin des honoraires ; qu'ainsi qu'en cours de traitement, c'est-à-dire dans la période

(39) Cour de Metz, 21 mai 1867. D. P. 1867-2-110.

(40) Amiens, 16 nov. 1857. Gaz. Trib. 5 déc. 1857.

Pau, 1^{er} mai 1900. S. 1900-2-301.

(41) Trib. civ. de la Seine, 30 juin 1922. Gaz. Trib., 1932-2-192.

(42) Cour d'Aix, 16 juillet 1931. D. P. 1932-2-5.

d'exécution du contrat, le médecin commet une faute, une négligence, une maladresse, une imprudence, cette faute revêt le caractère d'une faute contractuelle ».

La Cour de Besançon, par arrêt du 20 mars 1933 (43) statua dans le même sens, dans une espèce d'ailleurs semblable. Il s'agissait en effet de blessures causées par un traitement radiothermique, blessures pour lesquelles la victime demandait des dommages et intérêts plus de trois ans après ce traitement. Le médecin poursuivi invoquait la prescription de trois ans de l'art. 638 du Code d'Instruction criminelle. La Cour d'Appel rejeta le moyen fondé sur cette prescription en indiquant qu'il y avait eu contrat à la base des relations juridiques entre le médecin et le malade, et que par conséquent la prescription est de trente ans.

« L'action en responsabilité du malade contre le médecin qui a commis une faute en lui donnant des soins, trouve son principe et son fondement dans les rapports contractuels ayant existé entre les deux parties: le médecin auquel s'est confié le malade contractant moyennant rémunération l'obligation d'assurer à celui-ci ses soins conformément aux règles de la conscience professionnelle et de l'art qu'il exerce ».

Plus récemment encore, le tribunal civil de Belfort (44) se prononce pour la responsabilité contractuelle d'une manière large. Il propose comme critérium pour rechercher si le médecin a bien exécuté son contrat, de se demander si un médecin prudent, en pareille situation, aurait agi ainsi que l'a fait l'auteur du dommage.

« Attendu que sauf de rares exceptions, la responsabilité des médecins est une responsabilité contractuelle en

(43) Cour de Besançon, 20 mars 1933. Gaz. Pal., 1933-2-618. D. H. 1933, 292.

(44) Trib. civ. de Belfort, 19 déc. 1934. Gaz. Pal., 1935-2-915.

raison de ce que le préjudice que le malade subit résulte de l'inexécution d'une obligation née du contrat de nature particulière intervenue entre lui et le praticien.

Il suffit donc pour engager la responsabilité du médecin que le malade prouve, conformément aux dispositions de l'art. 1315 du Code Civil que le praticien dont il prétend avoir à se plaindre s'est engagé à le soigner ; d'autre part, pour s'exonérer de cette responsabilité, il appartient au médecin, conformément aux dispositions de l'art. 1147 du Code Civil de prouver l'exécution de cette obligation.

Attendu dans ces conditions qu'en ce qui touche l'exécution de ladite obligation que du moment que le juge aura pu constater avec certitude une faute commise par le médecin, quelle qu'en soit la gravité légère ou lourde, il devra obliger l'auteur de cette faute à en réparer les conséquences, que le juge pour établir sa conviction devra toujours se demander si un médecin prudent en pareille situation aurait agi ainsi que l'a fait l'auteur du dommage.

Par ces motifs, dit et juge que le docteur M. est responsable contractuellement.»

Mais la nécessité de cette comparaison pour établir la conviction du juge marque par elle-même que l'on ne se trouve pas exactement dans le domaine de l'article 1147 du Code Civil.

En matière de transport à titre onéreux par exemple, le juge n'a pas à se demander si un transporteur prudent aurait agi comme celui qui a causé l'accident, mais à constater simplement que le voyageur n'a pas été transporté sain et sauf.

Le seul fait que pour dire le droit, on soit obligé de se demander s'il y a eu une imprudence, maladresse ou imprévoyance, n'implique-t-il pas d'ailleurs que l'on se

trouve sur le terrain délictuel et non en matière de contrat?

On conçoit, évidemment, qu'il y a un intérêt à considérer les rapports entre médecin et patient sous l'angle de la responsabilité contractuelle. Nous avons l'intention d'envisager plus loin les conséquences et de voir jusqu'à quel point elles permettent l'équilibre des activités en présence.

En résumé, il ne faut se faire aucune illusion sur la jurisprudence à ce jour.

Elle a reconnu le contrat médical depuis longtemps, mais en lui donnant un cadre restreint. A côté de ce contrat limité était admise la responsabilité délictuelle du médecin qui permettait un recours au client qui se considérait lésé par une activité dolosive du praticien.

La doctrine par contre, et depuis quelques années déjà, avait une tendance très nette à considérer ces rapports sous l'angle contractuel.

Certaines associations de médecins, qui semblent d'ailleurs ne s'être pas rendu compte de la portée exacte de leurs vœux, étaient favorables aussi à la responsabilité contractuelle.

C'est ainsi qu'au XVI^e Congrès de médecine légale de langue française, tenu à Paris les 4, 5 et 6 mai 1931, sous la présidence de M. le docteur Paul, le rapporteur de la question sur la responsabilité médicale, écrit :

« La responsabilité médicale est une responsabilité contractuelle. Etant donné l'objet particulier du contrat qui intéresse la vie et la santé de l'individu, il doit être soumis aux règles du Code Civil et soumis à celles du droit naturel. »

En dehors même de son intérêt, le corps médical avait été profondément choqué dans son amour-propre de voir apprécié comme un délit une faute professionnelle qui peut

arriver au médecin le plus savant et le plus consciencieux.

Combien de médecins et des meilleurs ont été traduits en correctionnelle pour des faits insignifiants et pour lesquels du reste ils ne furent pas condamnés ! On comprend donc la révolte du corps médical en face du mot « délit », même lorsqu'il s'agit d'un délit civil.

C'est aussi sous l'angle contractuel qu'est désormais appréciée la responsabilité civile des médecins dans la plupart des pays étrangers. En Italie notamment, la jurisprudence et les auteurs admettent le caractère contractuel de la responsabilité du médecin qui doit se comporter comme un bon père de famille, en tenant compte d'ailleurs des difficultés de son art (45).

C'est encore la même solution qui est admise en Suisse (46) et en Belgique (47).

L'arrêt de cassation que nous étudions a donc innové, mais en s'appuyant à la fois sur la doctrine et sur le droit comparé. Il importe, en vue des répercussions possibles de cet arrêt, d'en étudier toute la genèse. Ce sera là l'objet de notre prochain chapitre.

(45) *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 976 et seq.

(46) Vicler et Porret, commentaire du Code fédéral des obligations, sur l'article 99 n° 8; Tribunal fédéral suisse, 10 juin 1892. S. 1892-4-38; 9 déc. 1892. S. 1893-4-16.

(47) *Paedectes belges: Responsabilité dans l'art de guérir*, n° 12 et suivant.

CHAPITRE II

Examen de l'arrêt du 20 mai 1936

Pour mieux en mesurer les conséquences, critiquer ou approuver le dispositif même de l'arrêt, il s'agit d'en étudier l'élaboration.

Nous examinerons donc successivement les faits de l'espèce, le rapport de M. le conseiller Josserand, et les conclusions de M. le procureur général Paul Matter, avant d'en arriver à l'étude de l'arrêt lui-même.

Ainsi notre travail aura une base plus solide et peut-être quelque chance d'intérêt.

SECTION I

LES FAITS DE L'ESPÈCE

En 1925, la dame Mercier, atteinte d'une affection nasale, s'adressa au docteur Jean Nicolas, radiologue à Marseille, afin de se faire soigner. Celui-ci, après avis d'un confrère, conclut à un traitement par des rayons X qui comporta dix applications environ en deux séries.

Après traitement, il se déclara chez la patiente une radiodermite aiguë des muqueuses de la face. Les époux Mercier, pensant probablement que cette radiodermite aurait que des effets passagers, n'intentèrent pas immédiatement une action contre le docteur Nicolas.

D'ailleurs, les radiodermites ne se déclarent qu'après un certain laps de temps, ce qui fut une raison majeure de leur inaction pendant plusieurs mois. Aussi en 1929, plus de trois ans après le fait dommageable, les époux Mercier adressent à la justice, afin d'obtenir du docteur Nicolas une indemnité de 200.000 francs. Cette demande s'appuyait sur les articles 1382 et 1384 du Code Civil.

Tout d'abord, une remarque semble nécessaire en l'espèce. C'est que l'utilisation des rayons X en médecine semble ne pas avoir révélé encore toutes ses conséquences nombreuses. Ce n'est pas une raison suffisante parce qu'un traitement nouveau n'est pas encore connu entièrement quant à ses effets pour qu'il faille en interdire absolument l'usage. La médecine est une science expérimentale dont le but est de guérir. Mais il n'en reste pas moins vrai que, face aux forces de la nature qu'elle contrôle, elle n'a sur elles qu'une action assez relative.

Le médecin emploie les données actuelles de la science sans avoir la prétention d'être le maître de la nature. Que dans tel cas où l'emploi des rayons X s'est révélé constamment favorable, il se trouve par exception une espèce où il se déclare plein de conséquences nuisibles, il n'y a pas de faute susceptible d'engager la responsabilité du médecin. Encore faut-il qu'il ait pris le maximum des précautions admises afin d'éviter tout surcroît de risques pour son client.

Cependant la radiothérapie ne doit pas, en l'état actuel de la science, occasionner de radiodermites si toutes les précautions sont prises par le médecin traitant. Il semble

indubitable en l'espèce que le docteur Nicolas s'est montré quelque peu négligeant dans l'application des rayons X. Il y a donc de sa part une responsabilité délictuelle par suite de la faute d'abstention qu'il a pu commettre, dans l'exercice de sa profession, et, conformément à l'article 638 du Code d'instruction criminelle, cette action se prescrit par trois ans.

C'est bien ce que soutenait le docteur Nicolas devant le tribunal de première instance des Bouches-du-Rhône, section de Marseille.

Il objectait que la faute qui lui était reprochée tombait sous la qualification pénale de blessures par imprudence. L'action civile suivait dans un pareil cas, et d'après une jurisprudence constante, le sort de l'action publique et se prescrivait nécessairement par trois ans, en application des articles 637 et 638 du Code d'Instruction Criminelle.

Le tribunal rendit son jugement le 5 mai 1930 (1).

Il repoussait l'application de l'article 1384 du Code Civil. En effet, la patiente avait participé à l'usage de la chose et accepté le risque inhérent à cette utilisation.

« Attendu que l'article 1384 ne saurait être applicable lorsque c'est la victime qui a sollicité ou accepté qu'il soit fait à son égard un emploi déterminé de la chose, que la convention qui est alors intervenue entre les parties a pour effet de déplacer la cause de la responsabilité qui peut encourir celui qui a fait usage de la chose, et que celui-ci n'est plus comme gardien qu'il peut être responsable du dommage causé, mais parce qu'il a pris la responsabilité de l'emploi qu'il devait faire de la chose, l'autre partie ayant de son côté accepté de supporter le risque de cet emploi, sauf le cas de faute établie ».

(1) Trib. civ. des Bouches-du-Rhône, 5 mai 1930. D. H. 1930, 389.

D'autre part, il rejetait l'application de la prescription triennale car l'action civile, disait-il, n'a pas sa base exclusive dans une infraction de la loi pénale, mais aussi dans une convention préexistante :

« Attendu en droit que la prescription criminelle ne s'applique à l'action civile que si celle-ci a eu exclusivement pour cause un crime, un délit ou une contravention ; au contraire, l'action civile intentée à l'occasion et à la suite d'un fait prévu et puni par la loi pénale, mais qui n'a pas sa cause exclusivement dans une convention, et tire son origine d'un contrat ou quasi-contrat civil, reste soumise à la prescription de 30 ans ».

Sur appel du docteur Nicolas, la Cour d'Aix, par un arrêt du 16 juillet 1931 (2), confirme le jugement de Marseille.

« Sa prescription, disait-il, n'éteint l'action civile qu'autant que celle-ci a pour fondement juridique le délit dont réparation est demandée ».

Il ne semble pas que l'argument tiré de l'article 1384 ait été repris devant la Cour d'Aix, qui, dans son arrêt, n'y fait même pas allusion, sauf peut-être implicitement, et par cela même qu'il adopte les motifs non contraires des premiers juges. Cette position a donc été condamnée et abandonnée.

La Cour d'Appel d'Aix repousse donc cette conception de la responsabilité délictuelle du médecin permettant l'admission de la prescription triennale et admet une responsabilité contractuelle ayant pour base une convention synallagmatique entre le praticien et son client. D'une part, le médecin promet ses soins au patient ; d'autre part, celui-ci s'engage à verser des honoraires.

(2) Cour d'Aix, 16 juillet 1931. D. P. 1932-2-5.

Le cadre de la responsabilité contractuelle étant plus large que celui de la responsabilité délictuelle, celle-là se superpose et déborde celle-ci. La prescription triennale disparaît devant la prescription trentenaire. Et c'est sur ce terrain que la Cour d'Aix admit l'action des époux Mercier en repoussant la prescription de l'article 638 opposé par le docteur Nicolas.

Cette décision ayant été attaquée par celui-ci, son pourvoi fut admis par arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 novembre 1934, signifié à la date du 11 décembre 1934.

Il ne soulevait qu'un moyen dans lequel il arguait qu'« la responsabilité du médecin pour imprudence ou faute ne peut jamais avoir qu'un caractère délictuel et non contractuel ».

Par une observation en réplique du 21 octobre 1935 moins affirmative mais procédant du même esprit, le praticien argue de :

« Violation des articles 319 et 320 du Code Pénal, 638 et 639 du Code d'Instruction Criminelle et des règles relatives à l'unité des prescriptions civile et pénale, violation des articles 1382 et 1383 du Code Civil et des règles de la responsabilité délictuelle, fausse application des articles 1134 et 1135 du Code Civil et des règles de la responsabilité contractuelle du médecin, comme aussi violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale en ce que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer la prescription pénale de 3 ans à l'action en responsabilité introduite contre le docteur Nicolas par sa cliente, Mme Mercier, sous le prétexte que l'action exercée trouvait son fondement dans la non-application d'une obligation contractuelle prétendue de fournir des soins en ce point « assidus, éclairés et prudents » que toute faute, maladresse, ou imprudence de la part du médecin consti-

tuerait une violation de son obligation contractuelle, alors que le contrat qui peut exister entre médecin et malade ne comporte, à défaut de convention précise en ce sens, que l'engagement de donner ses soins en échange d'honoraires; qu'il ne peut comporter aucune assurance contre tout accident causé involontairement, et que, dès lors, la prétendue faute contractuelle reprochée au médecin se confond fatalement avec la faute délictuelle tombant sous l'application des articles 319 et 320 du Code Pénal justifiant la prescription pénale ».

La Cour de Cassation, par arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936, rejetta le pourvoi.

En l'état des documents que nous avons pu avoir entre les mains, plusieurs observations nous semblent devoir être faites.

C'est d'abord le terrain choisi par les demandeurs, terrain de la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1384, celui opposé par le défendeur de la responsabilité pénale.

Le tribunal porte le débat sur un troisième plan: celui du contrat.

Alors les positions se modifient. Les demandeurs dès lors intimés se maintiennent sur le plan contractuel, tandis que l'appelant fait sienne la responsabilité délictuelle de l'article 1382.

Il n'y a là rien que de très courant. Il peut être plaisant à l'esprit du philosophe d'observer ces variations. Le juriste n'en tire aucune conséquence que les nécessités de la défense.

Mais là où il est permis de formuler une remarque, c'est sur le déplacement du débat opéré par le tribunal de Marseille.

Il est évident qu'il y a quelque révolte pour les membres d'un tribunal à voir un défendeur venir à la barre décla-

rer : « Il se peut qu'il y ait eu faute et que j'en sois l'auteur, mais la loi couvre ma faute parce qu'elle est pénale ». Et les juristes, se souvenant en matière de preuve, de la maxime « nemo auditur propriam turpitudinem allegans », pensent qu'il y a quelque injustice à admettre la défense d'un plaideur opposant la prescription d'un délit à une action de prime abord juste.

Nous faisons ensuite remarquer que le docteur Nicolas a commis une faute, non plus professionnelle celle-là, en changeant plusieurs fois de point de vue au cours de la procédure. En première instance et en appel, il argue seulement de l'unité des prescriptions civile et pénale. Le moyen présenté à la Chambre des requêtes porte que « la responsabilité du médecin pour imprudence ou faute ne peut jamais avoir qu'un caractère délictuel et non contractuel ». Plus timidement encore enfin, dans le moyen rectifié présenté à la Chambre civile, le praticien admet l'existence possible d'un contrat : « alors que le contrat qui peut exister entre médecin et malade ne comporte... »

Ces concessions successives faites à la théorie de l'adversaire constituent une fausse manœuvre qu'il ne faut jamais faire devant les tribunaux. Elle leur prouve trop que le terrain sur lequel la défense est assise n'est peut-être pas trop solide.

D'une manière générale, les cours et tribunaux jugent le fait, et donnent ensuite à leurs jugements une base juridique. En l'espèce, il semble bien qu'un pareil souci ait inspiré le tribunal de Marseille. Et c'est pourquoi nous avons tenu dans cette section liminaire à exposer ce fait, afin de mieux pouvoir plus tard en tirer des conséquences raisonnables.

Mais encore faut-il faire cadrer le fait avec le droit. C'est à quoi a voulu parvenir la Cour de Cassation. Nous avons vu déjà que la jurisprudence admettait l'existence

un contrat entre malade et médecin, la responsabilité demeure délictuelle.

Elle a voulu, par cet arrêt de 1936, faire disparaître ce défaut d'équilibre qui avait provoqué cette réflexion de L. Falcimaigne, qui est en même temps une critique :

« Il y aurait de la sorte, en face d'un engagement simplement éventuel du médecin, et qui ne pourrait naître, le cas échéant, que d'un délit ou d'un quasi-délit, un engagement ferme qui naîtrait d'une convention. Ce qui fait apparaître un défaut d'équilibre » (3).

SECTION II

L'EXPOSÉ DU CONSEILLER RAPPORTEUR

Au point de vue de la discussion, M. le conseiller Josseand étudie l'argumentation des deux parties.

Il constate d'abord leur accord sur divers points.

1° D'abord, le moyen de défense tiré de la prescription fondé sur les articles 637 et suivants du Code d'Instruction Criminelle peut être invoqué, aussi bien devant la juridiction civile que devant les juges répressifs (11).

2° Il appartient au défendeur, sans qu'on puisse lui objecter la règle « nemo auditur propriam turpitudinem allegans », de restituer aux faits qui lui sont reprochés

(3) Falcimaigne. Note sous Civ. 3 mars 1926. D. P. 1927-1-93.

(11) Req. 31 janv. 1859. D. P. 1859-1-439.

Civ. 18 déc. 1912. D. P. 1915-1-17, note de M. Sarrut.

Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, cinquième édit., 6, n° 445.

Planiol et Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 5.

P. Esmein. *Traité des obligations*, n° 672.

Demogue. *Traité des obligations*, t. 4, n° 574.

H. Lalou. *La responsabilité civile*, deuxième édition, n° 25.

leur véritable qualification pénale à l'effet de se prévaloir de la prescription acquise au criminel (12).

3° L'homicide ou les blessures causées à un client par la faute, l'impéritie d'un médecin, constituent bien les délits prévus et sanctionnés par les articles 319 et 320 du Code Pénal (13).

4° La solidarisation réalisée par les articles 637 et suivants du Code d'Instruction Criminelle au point de vue de la prescription triennale, ne s'applique pas indistinctement à toutes les actions civiles nées d'un crime ou d'un délit, mais seulement à celles « qui ont réellement et exclusivement pour cause un crime, un délit ou une contravention ». Ces textes ne commandent nullement aux actions « qui, en dehors du fait délictueux, ont leur principe dans un contrat antérieur ou dans une disposition du Droit Civil » (14), par exemple à l'action en revendication d'une chose volée (15) ou à l'action en réparation du dommage consécutif à l'inexécution d'une obligation contractuelle telle que celles qui sont issues d'un contrat de transport (16) ou d'un louage de service (17). De telles actions

(12) Req. 1^{er} fév. 1882. D. P. 1892-1-454.

Civ. 18 décembre 1912, sol. impl. précité.

Civ. 10 juin 1918, sol. impl. D. P. 1922-1-52.

(13) Crim. 28 mai 1891. D. P. 1892-1-195.

Crim., 16 avril 1921. D. P. 1921-1-184.

(14) Req. 2 fév. 1910. D. P. 1910-1-72.

Civ. 7 fév. 1910. D. P. 1910-1-201, note de M. Marcel Nast.

Req. 20 avril 1915. D. P. 1916-1-204.

Civ. 10 juin 1918, précité.

Civ. 24 avril 1923. D. P. 1926-1-39.

Civ. 9 janvier 1928. D. P. 1929-1-56.

Req. 9 juin 1928. D. P. 1928-1-153, note de M. Savatier.

Civ., 23 déc. 1930. S. 1931-1-209, note de M. P. Esmein.

Civ. 27 avril 1931. D. H. 19331, 348.

Cf. aussi les auteurs précités.

(15) Civ. 7 février 1910, précité.

(16) Civ. 21 avril 1913. D. P. 1913-1-249, note de M. Lyon-Caen; S. 1914-1-5, note de M. Sarrut.

(17) Req. 20 janv. 1902. D. P. 1904-1-141.

existeraient quand bien même l'acte dommageable ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale; celui qui les exerce ne fait pas revivre l'action publique; c'est pourquoi il ne se verra pas objecter la prescription qui a mis fin à cette dernière; seule pourra intervenir la prescription de 30 ans.

Voilà qui est fort bien dégager un terrain confus. Nous avons tenu à reproduire toute cette partie de l'étude de M. Josserand, car elle ne permet plus de discussion et enserre la question en cause.

C'est à cette conclusion qu'en arrive M. Josserand: « Ces propositions et notamment la dernière étant admises, la question litigieuse revient à savoir si, dans l'espèce, le principe de l'action civile est ou non distinct de celui qui est à la base de l'infraction à la loi pénale; donc à rechercher quel est en l'occurrence le fondement de la responsabilité civile des médecins ».

Deux positions peuvent être prises et ont été prises successivement, comme nous l'avons vu, par les demandeurs.

Devant le tribunal civil de Marseille, les époux Mercier assignent en vertu des articles 1382 et 1384. Là, en vertu de cette solidarité des prescriptions, l'action intentée était prescrite puisque opposée plus de trois ans après l'acte générateur de responsabilité. Et d'ailleurs sur le terrain de l'article 1384 la victime n'avait-elle pas participé à l'usage de la chose et accepté les risques inhérents à son utilisation?

Devant la Cour d'Aix, ils prirent à leur compte la notion contractuelle de la responsabilité médicale. Cette responsabilité procède d'un contrat intervenu à l'origine et avant la réalisation du dommage entre le médecin et sa cliente, par ce contrat, le médecin, dit la Cour d'Aix, s'engageait

« à donner des soins assidus, éclairés et prudents », de même que le malade s'était engagé en retour à payer au médecin ses honoraires. Si donc, au cours du traitement, c'est-à-dire pendant l'exécution du contrat « le médecin commet une faute, une négligence, une maladresse, une imprudence, cette faute revêt le caractère d'une faute contractuelle consistant dans la violation d'une obligation consentie ».

« Ce n'est donc pas d'une infraction à la loi pénale que dérive l'action en réparation de la victime, ajoute M. Josserand. Elle remonte jusqu'au contrat antérieurement intervenu ; sa source se différencie en cela de l'action publique, et la prescription triennale de l'art. 638 du Code d'Instruction Criminelle ne peut mordre que sur l'action publique ; elle n'éteint pas du même coup l'action civile. »

Il faut la lumineuse clarté de l'exposé de M. Josserand pour donner à cet édifice construit sur une pierre l'apparence d'un solide bâtiment. Nous avons dit ailleurs ce que nous pensions de cette solidité juridique. Nous n'y reviendrons pas car ce serait faire double usage d'arguments déjà utilisés, et ce sans aucune nécessité.

Revenons à l'exposé de M. Josserand. Passant à l'étude des arguments en faveur du médecin, le conseiller rapporteur examine ce qu'il nomme les « deux positions de défense », qui deviennent en l'occurrence « des positions d'attaque ».

Première position d'attaque. « Les fautes commises par le médecin, en cette qualité, sont des fautes à caractère nettement professionnel se ramenant à un manquement aux règles médicales ; non seulement de tels manquements sont très difficiles à apprécier et ne doivent l'être qu'avec une extrême prudence, mais encore la responsabilité née

à leur occasion a sa source dans la loi, non dans le contrat : elle est une responsabilité légale ; pour l'apprécier, les tribunaux ne recherchent jamais quelle a été l'intention des parties ; ils se préoccupent de savoir, sur les terrains des articles 1382 et 1383 du Code Civil, si le médecin s'est convenablement acquitté des devoirs qui lui incombent d'après les usages et les règles de la science médicale. Il y a là une responsabilité si peu contractuelle et si exclusivement légale qu'il ne dépendrait pas des parties de l'écartier ou même de l'atténuer : elle s'impose à elles. L'action en réparation du préjudice a sa source non dans la convention mais dans les articles 1382 et 1383, c'est-à-dire dans la loi».

Et M. Josserand d'étudier la jurisprudence et la doctrine (voir supra). Mais où l'intérêt devient nouveau pour nous, c'est lorsque M. le Conseiller rapporteur en arrive à examiner la seconde « position d'attaque ». Celle-ci consiste à considérer par hypothèse la responsabilité du docteur Nicolas comme contractuelle. Ceci il est, la défense n'empêcherait pas la prescription triennale de s'appliquer « car, d'après la jurisprudence, cette indépendance des prescriptions ne profite qu'aux actions que l'on peut envisager indépendamment de leur caractère pénal ; il faut supposer que la faute civile se détache de l'infraction à la loi pénale, qu'elle peut en être dissociée ».

La jurisprudence française, soutenue par la doctrine, a en effet longtemps maintenu une séparation nette entre faute civile et pénale (18). Et de nombreux arrêts avaient décidé que celui qui a été relaxé d'une prévention d'hom-

(18) Cass. civ. 15 avril 1887. S. 1891-1-202.

Cass. civ. 4 août 1886. S. 1887-1-169, note Labbé.

Cass. civ. 2 février 1904. S. 1904-1-526.

Cass. civ., 23 juillet 1906. S. 1907-1-98.

cide ou de coups et blessures par imprudence peut être condamné à des dommages-intérêts s'il a commis une faute engageant sa responsabilité civile (13).

Mais en 1922, la Cour de Cassation (20) ne fait plus de distinction entre les deux fautes. Elle déclare que la légèreté de la faute commise ne peut avoir d'autre effet que celui d'atténuer la peine encourue. De nombreux arrêts sont dans ce sens (21). Ils semblent s'être fait l'écho des idées affirmées en Belgique depuis la réforme du Code Pénal, en 1867, et se rallient ainsi à la thèse de l'unité de la faute pour les délits d'imprudence prévus par les articles 319 et 320 du Code Pénal, consacrant ainsi la solidarité entre le droit civil et le droit pénal en matière de dommage causé au corps ou à la santé des personnes.

Mais si nous continuons à examiner la jurisprudence, nous devons constater que la Cour de Cassation abandonne la théorie de l'unité de faute pour revenir, par un arrêt du 29 juillet 1924 (22), au système dualiste. La Cour de Cassation revient ainsi à une doctrine qu'elle avait défendu pendant tout un siècle. Son revirement n'est d'ailleurs que l'écho d'un mouvement doctrinal qui considère que les fautes civiles et pénales sont tantôt plus larges, tantôt plus étroites les unes que les autres et qui demandent leur séparation.

Cette démarcation est nécessaire si nous tenons compte de la présomption de faute établie par l'article 1384, de

(19) Cass., 16 mai 1887. S. 1888-1-73.

Cass., 31 mai 1892. S. 1892-1-292.

Cass., 31 oct. 1906. S. 1907-1-126.

(20) Cass. civ. 18 décembre 1912. S. 1914-1-240; D. 1915-1-17, note Sarrut.

(21) Cass. civ. 12 juin 1914. S. 1915-1-171.

Cass. civ. 23 mars et 28 mai 1916. S. 1918-1-136.

Req. 12 juillet et 13 novembre 1917. S. 1918-1-12.

Cass. civ., 10 juin 1918. S. 1920-1-171.

(22) Cass., 29 juillet 1924. D. 1925-1-5.

introduction de la théorie du risque dans différentes lois
d'une façon générale, de l'extension énorme de la
tion de faute en droit civil.

En réalité, ici il n'en est rien; on ne peut dissocier la
te pénale de la faute civile. L'une entraînant l'autre,
oubli de l'une efface l'autre. Ces deux notions n'en font
une, on ne peut les séparer.

D'ailleurs, en 1929, la Cour de Cassation est revenu
nellement à l'unité de faute par un arrêt de la Cham-
bre Civile du 30 décembre 1929 (23).

Et cela nous semble si vrai que nous abandonnons un
stant le cas d'espèce qui nous intéresse pour envisager
r hypothèse un cas voisin.

En admettant que la victime ait porté plainte contre le
médecin, et que l'instruction ait été clôturée par un non-
ou bien que le Tribunal correctionnel ait rendu un
gement de relaxe, quelle satisfaction civile aurait obtenu
victime? Aucune.

Portant ensuite son action devant un tribunal civil et
régissant le contrat médical et une faute contractuelle,
aurait pu juger celui-ci?

Ou bien il aurait admis l'action et il aurait dû exiger la
preuve d'une faute autre qu'une négligence, maladresse
imprudence (article 319 du Code Pénal), qui serve de
se à cette action.

Ou bien, il aurait identifié la faute civile à la faute pé-
nale, et aurait déclaré la chose jugée.

Dans le premiers cas, il y aurait eu impossibilité maté-
rielle de rapporter la preuve d'une telle faute, et le résul-
aboutissait fatalement au même point que dans la se-
conde hypothèse: un débouté.

Mais puisque par oubli, négligence, ignorance ou ruse,

23 Civ., 30 décembre 1929. D. 1930-1-41.

3 Palcimaigne. Note sous Civ. 3 mars 1926. D. P. 1927-1-93.

la victime n'intente pas une action pénale et laisse s'écouler le délai à elle donné pour ce faire, voilà le médecin en posture peu avantageuse.

Rien n'a prouvé en somme la faute du docteur Nicolaï. La justice pénale l'eut peut-être lavé de toute accusation. Le voilà, par la négligence d'un client mécontent et peu soucieux d'exercer ses droits dans le délai prévu par le Code d'Instruction Criminelle, faisant les frais de cette négligence.

C'est une prime donnée à la malice que d'ainsi dissocier ces fautes qui ne doivent pas l'être. Et pendant trente ans, par pitié pour la victime d'une faute qu'on ne peut encore imputer à un auteur, voilà un médecin susceptible d'être traîné en justice, et ce grâce à cette solution.

Ceci nous semble particulièrement injuste. Et si nous acceptons le contrat médical, nous refusons toute aggravation de la responsabilité médicale comme ne répondant pas au réel, comme nous refusons toute désolidarisation des fautes permettant un droit plus élargi au plaideur négligeant.

Nous en avons terminé avec cette étude du rapport M. Josserand. Nous devons noter chez lui un souci d'objectivité assez grand, quoiqu'il ne cache pas ses sympathies pour la partie défenderesse, contre le médecin.

Examinons maintenant les conclusions de M. le Procureur général.

SECTION III

LES CONCLUSIONS DU PROCUREUR GÉNÉRAL PRÈS LA COUR DE CASSATION

La Cour de Cassation, dans son arrêt, n'a fait que reprendre les conclusions de M. Paul Matter (4). Après un exposé des faits, l'éminent juriste envisage l'étude comparée des deux prescriptions, délictuelle et contractuelle.

Ce qui, en fait, a très justement impressionné le procureur général, c'est la lenteur avec laquelle le mal s'est déclaré. Lenteur d'ailleurs, et nous l'avons déjà dit, toute normale puisque les conséquences des applications des rayons X, lorsqu'elles n'ont pas eu lieu avec toutes les précautions utiles sont insidieuses. Pour nous aussi cet élément est intéressant, car, et nous insistons sur ce point, pour nous le fait influence le droit devant les juridictions. Nous n'oublierons pas au cours de cette étude que la Cour de Cassation a jugé en droit comme elle le doit, mais impressionnée à coup sûr, comme le tribunal de Marseille et la Cour d'Aix, par le fait incontestable que si les époux Mercier n'ont pas intenté leur action dans les délais de la prescription triennale des délits, c'est qu'il leur était matériellement impossible de le faire, car à l'expiration de cette prescription les conséquences des applications de rayons X n'étaient pas acquises. Un délai plus long était nécessaire pour que tous les effets puissent s'en manifester.

Et le procureur général Matter termine son exposé des faits en attirant l'attention de la Cour de Cassation sur

(4) Dalloz mensuel, sixième et septième cahiers, 1936, p. 93.

l'importance de la question à débattre, « question neuve dit-il, méritant une discussion approfondie, intéressante pratique (car de sa solution dépend celle de plusieurs autres pourvois) et qui peut être précisée dans les termes suivants :

« Quelle est la durée de la prescription de l'action civile en matière de responsabilité médicale alors que cette action civile est engagée isolément, en dehors et en l'absence de toute action pénale ? »

C'est bien toute la question, lourde de conséquences que va trancher l'arrêt, puisque de sa solution dépendra la qualification de la responsabilité du médecin. Contractuelle ou simplement délictuelle ?

Mais ce serait épiloguer en vain que d'oublier le fait. Le délai de prescription délictuelle écoulé laisse impuissante la victime, alors qu'aucune négligence n'avait été apportée par elle dans la poursuite de l'indemnité à elle due par suite d'une faute délictuelle. Car il est probable que si les époux Mercier avaient pu intenter leur action dans les trois ans qui leur étaient donnés pour le faire sur le terrain délictuel, ils n'eussent pas manqué de le faire d'abord, et la justice n'eût pas manqué de les suivre sur ce terrain. Cela est si vrai que les conclusions des demandeurs sont basées sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil, ce qui semble démontrer d'une façon pertinente que dans leur esprit, aucun contrat n'existait entre eux et le docteur Nicolas autre que celui qui consiste à payer des honoraires pour des soins reçus.

Le premier obstacle juridique que rencontre le procureur général Matter sur sa route est le principe de l'unité des prescriptions civile et pénale, posé par les articles 637 et 638 du Code d'Instruction Criminelle, et que la jurisprudence a maintes fois appliqué.

Quel est le terrain sur lequel les époux Mercier ont porté le débat? Sur celui du délit. Donc, unité de prescription; délictuellement l'action civile est prescrite puisque le délit l'est d'abord.

Par une subtilité, le procureur Matter énonce :

« Il n'en est ainsi que lorsque l'action civile a pour seule base le délit, lorsque, au contraire, celui-ci n'est pas uniquement à sa base, mais qu'il conjointe un contrat, cette unité ne s'applique pas. Il y a fausse qualification. « Peu importe que le libellé de l'assignation, dit un arrêt de la Chambre Civile du 27 août 1867 (D. P. 67. 1. 489), ait accidentellement qualifié d'abus de confiance les faits de responsabilité imputés par le mandant au mandataire ». L'assignant peut toujours reprendre cette erreur de son assignation ».

Arrêtons-nous un instant sur ce raisonnement. En logique, il est indiscutable. En fait, il se critique. Car ce « contrat préexistant », sur quoi porte-t-il? Sur l'entente licite entre le client et le médecin de donner des honoraires en échange de soins. Il s'agit bien entendu, comme dans tout contrat, que les deux parties soient de bonne foi, que les marchandises, en l'espèce les soins, soient bonnes. Donc, d'une part, soins effectifs; d'autre part, honoraires réels. Mais si le laitier qui vend son lait l'a mouillé, on ne peut pas dire qu'il ait lésé contractuellement son acheteur.

Le laitier est responsable délictuellement: il a fraudé. De même, et toute proportions gardées, le médecin négligent cause des blessures volontaires ou involontaires à son client: il est responsable délictuellement.

Mais nous discutons sur le terrain contrat, avec les règles admises en cette matière.

Il ne nous semble pas possible, à moins de briser les règles du contrat, d'y faire rentrer, au point de vue des intérêts civils de la victime, la faute délictuelle.

Et c'est pourtant ce qu'a fait le procureur Matter. Dans son syllogisme, il pose un axiome que le médecin est tenu contractuellement, et sur ce point nous sommes de son avis, mais nous disons dans les limites du contrat et non hors de ces limites. Or c'est élargir considérablement d'une façon peut-être antijuridique ce contrat que de lui faire dire ce qu'il ne pouvait pas dire.

Raisonnement spécieux mais qui nous semble absolument faux par cette faille qui s'est glissée dans le pu métal. L'intérêt de la victime? Il est bien regrettable que la loi ne le protège pas assez. Mais est-ce une raison pour violer la loi? N'est-ce pas un éminent juriste, M. Nast, qui a dit :

« Il n'en est pas moins vrai que le principe de l'unité de prescription a un caractère quelque peu exceptionnel et que, dans le conflit qui s'élève entre les intérêts de la victime et la nécessité d'assurer la répression du délit, la loi sacrifie, peut-être à tort, les intérêts de la victime? » (5)

La prescription intéresse l'ordre public. N'est-ce pas faire bon marché de cet ordre public que de s'en jouer avec une telle aisance? Nous insistons : syllogisme logiquement exact, mais dont une des propositions est erronée parce qu'elle n'est pas basée sur la réalité juridique et les principes de notre code.

D'ailleurs la jurisprudence, basée sur le contrat antérieur (6), s'applique-t-elle aux dommages causés aux personnes, et ce, en vertu des articles 319 et 320 du Code Pénal? Non, soutenait le défenseur du docteur Nicolas, la Cour de Cassation.

(5) Nast. Dalloz 1901-1-201.

(6) Req. 3 juill. 185. D. P. 96-1-302.

Civ. 5 août 1805. D. P. 1896-1-157.

Civ. 28 avril 1896. D. P. 1896-1-380.

Civ. 27 déc. 1897. D. P. 1901-1-109.

M. le procureur général Matter, s'appuyant sur trois décisions de jurisprudence, arrive aisément à prouver le contraire (7).

Mais cette question subsidiaire ne change rien au terrain du débat principal. Quelle est la mesure du contrat médical? Nous serons appelé à y revenir pour une discussion plus approfondie. Pour le moment, nous désirons simplement fixer le point névralgique de la discussion. C'est notre seule intention. Car un raisonnement ne s'étaye pas sur un seul argument mais sur une série d'éléments, comme une touche de pinceau de l'artiste ne peut donner ensemble d'un tableau, mais l'opposition, le contraste, la fusion de nuances diverses.

C'est ce qu'a bien compris M. Matter, qui, à peine la question de l'unité de prescription résolue, envisage le contrat médical afin de voir si le fait dommageable entre bien dans le cadre de la convention. Nous entrons là au cœur de la discussion. Aussi nous attacherons-nous plus spécialement sur ce point.

Et l'éminent juriste de développer en doctrine et en jurisprudence la théorie du contrat médical. Nous l'avons déjà dit dans un précédent chapitre, pour la doctrine, non seulement le contrat médical ne fait aucun doute, mais encore faut-il le considérer comme élargi, au point qu'il englobe ce que naguère on considérait comme la responsabilité délictuelle du médecin.

La qualification de ce contrat est seule encore sujette à discussions. M. Matter se rattache au contrat innommé, *in genere*. Le droit civil français, moins formaliste que le droit romain, permet à chaque instant l'élargissement

7) Req. 21 janvier 1902. D. P. 1904-1-141.
Req. 3 février 1930. D. H. 1930, 165.
Req. 3 février 1936. Gaz. Pal., 1936-1-644.

des modalités du contrat, ainsi, au fur et à mesure de la complication des relations humaines, de nouveaux contrats naissent, innommés, mais soumis aux règles générales de l'article 1101 du Code Civil.

Il existe donc bien un contrat médical parfaitement licite et moral. Cependant, constate le procureur général, il faut reconnaître que la jurisprudence a été saisie d'actions civiles en responsabilité, basées uniquement sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil. C'est même, avons-nous vu dans notre première partie, le plus grand nombre. Sous cette réserve, la Cour de Cassation reconnaît, comme nous l'avons déjà dit, l'existence d'un contrat médical depuis longtemps.

Mais ici M. le Procureur général étudie un arrêt de cassation rendu dans une instance d'accident du travail, à la date du 8 février 1932 (8).

En cette matière, la victime d'un accident peut recevoir des soins soit d'un médecin choisi par elle, soit d'un médecin désigné par la loi. En l'espèce, l'accidenté avait choisi un médecin. Celui-ci réclamait ses honoraires et la victime lui répondait : « La prescription de la loi de 1898 est de un an. Vous intentez votre action plus de un an après le fixation du taux d'invalidité. Donc vous êtes prescrit et votre action doit être repoussée ». Raisonnablement que ne tenait pas au regard du contrat médical, basé sur deux éléments : soins, honoraires.

C'est bien ce qu'a décidé la Cour de Cassation :

« Attendu, dit-elle, que le jugement constate que le docteur Plaisant a été choisi par la victime pour lui donner des soins; que c'est donc en vertu de l'engagement contractuel impliqué par ce choix et non en vertu de la loi du 8 avril 1898 que ce praticien a poursuivi contre son client

(8) Cass., 8 février 1932. D. H. 1932, p. 202 et suivantes.

le paiement de ses honoraires..., par ces motifs, rejette ». Et ce pourvoi de la victime de l'accident du travail fut rejeté, son exception de prescription ne tenant pas au retard du contrat médical.

Nous ne sommes pas convaincue par l'observation de M. Matter qui suit l'arrêt cité : « Vous reconnaissez, dit-il, l'existence d'un contrat médical, le caractère contractuel des relations entre médecin et malade, et toutes les conséquences qu'il peut en tirer, spécialement au point de vue de la prescription. Ici, c'était le corps médical qui bénéficiait de la prolongation de prescription ; il serait mal venu de repousser pareille conséquence du caractère contractuel lorsqu'elle se retourne contre lui ».

Certes, nous sommes bien d'accord avec M. le Procureur général Matter ; mais encore faut-il que le fait générateur de responsabilité entre dans le cadre même du contrat médical. Sinon le bénéfice de la prescription risque d'être attribué au refusé selon l'espèce, et le sens profond de la prescription modifié du tout au tout.

La partie adverse avait cependant, et probablement afin de donner à son pourvoi toute efficacité par des considérations subsidiaires, tenté de discréditer dans le contrat médical la question de la présomption de la prescription. « Appliquez, disait-elle les effets du contrat médical, mais écarter les prescriptions trentenaires. Faites entrer dans le cadre de ce contrat ce qui jusqu'à ce jour avait été considéré comme une faute délictuelle et non une faute dans l'exécution du contrat, mais alors, gardez à l'admission d'une telle action la prescription du délit ».

Et certes, cela peut fort bien se concevoir. Il faut conserver un équilibre entre les deux parties. Par combien de temps prescrit l'action du paiement d'honoraires ? Est-ce par trente ans ? Non, c'est par deux ans aux termes de

l'art. 2272 du Code Civil. Pourquoi dès lors créer cette discordance entre les termes d'un contrat qui n'a pas été fait uniquement dans l'intérêt d'une partie, mais qui, par sa nature est synallagmatique? Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ce déséquilibre.

Mais le représentant de la société de répondre : « Vous n'êtes pas d'une logique absolue quelle que soit l'habileté de votre raisonnement, car on ne peut emprunter des règles tantôt à la matière du contrat, tantôt à celle du délit. » En ce sens, un arrêt de la Chambre Civile du 6 avril 1927 (9) décide que « les art. 1382 et suivants du Code Civil sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat. »

Mais ce reproche peut être retourné contre son auteur. Pourquoi s'étonner de notre subtilité, alors que le Procureur Général par un même moyen, fait entrer la faute délictuelle dans le contrat, qui jusqu'à présent n'avait jamais signifié pareille chose! Les conditions du contrat médical sont extrêmement simples et ne permettent pas d'interprétation. Les parties ont entendu le jour où elles se trouvaient en présence : Vous me soignerez et je vous dédommagerai de votre travail. » Et le client choisissant son médecin, va vers lui en pensant : Lui seul est capable de me guérir. » Si le malade s'est illusionné sur la capacité ou la conscience du médecin, peut-on dire qu'il y a faute de la part de celui-ci?

Si les soins n'ont pas été efficaces par suite d'une faute lourde du médecin, peut-on supposer que le malade avait inclus dans sa sollicitation : « Vous me soignerez consciencieusement » puisque c'est la supposition même de cette conscience qui a présidé au choix du médecin?

(9) Civ. 6 avril 1927. D. P. 1927-1-111.

Faute lourde? Oui, mais faute lourde entrant dans le cadre du délit et ne pouvant pas logiquement entrer dans les limites du contrat.

Cette subtilité reprochée, au docteur Nicolas se retourne contre le ministère public. Car de deux choses l'une. Lui qui est appelé à réaliser l'équilibre entre les deux parties plaidantes, s'il force le cadre du contrat, ne peut-il forcer le cadre du délit, alors que le premier acte crée le déséquilibre et puisque le second rétablit l'équilibre? Ou bien, alors, ne créez pas de déséquilibre et reconnaissez comme la victime le fait elle-même qu'il y a faute délictuelle.

Et c'est ainsi que tout naturellement on en arrive à discuter la nature et l'étendue du contrat médical.

Le médecin ne s'engage pas à guérir le malade, et, comme le rappelle M. Matter, il doit se souvenir de la formule d'Ambroise Paré: « Je le pansay, Dieu le guarit ».

Comment remplit-il son obligation ? « Pour le pourvoir, poursuit le Procureur général, c'est uniquement par la présence et les soins donnés. Il suffirait que le médecin n'abandonnât pas son malade au cours de la maladie pour remplir son devoir, et c'est l'abandon de malade en cours de traitement qui constitue la faute contractuelle ».

Le second mémoire ajoute: « Si le médecin, en cours de traitement, cesse ses visites, refuse ou interrompt ses soins, il viole le contrat ». Et M. Matter de s'étonner « Comme obligation contractuelle, ce n'est pas grand chose: venir, regarder, partir, ce n'est peut-être pas suffisant dans l'exercice de cette noble carrière ». Le pourvoi dans son second mémoire reconnaît que le médecin est obligé de donner ses soins « en conscience ».

Qu'est-ce que cette conscience médicale ?

Et le procureur Général de répondre « C'est de donner

des soins conformes à la conscience et à la science médicale».

Une fois de plus, nous ouvrirons une parenthèse. Nous goûtons peu une définition qui analyse un mot en employant le même mot : «La conscience, c'est la conscience».

Et d'ailleurs nous avons pu retrouver la source de cette formule dans un livre du docteur Pierre Mauriac (10).

Voici le passage qui nous intéresse :

«M. Daudet se fait une si haute idée de la profession qu'il ne souffre pas les faiblesses individuelles. Le médecin agit autant par l'état de sa conscience que de sa science écrit-il... Il faut un cœur d'apôtre ou une insensibilité totale pour traverser tant de cercles infernaux remplis de gémissements et de plaies hideuses». M. Daudet est difficile. Il ne voudrait voir que des apôtres.»

Oui, M. Daudet est difficile, et le docteur Mauriac d'ajouter que cette sévérité n'empêche pas qu'on leur doive «la reconnaissance de nous rappeler que chez le savant, l'homme n'est pas indifférent ». Conscience? Certes, mais n'oublions pas que derrière le médecin et la médecine, il y a l'homme avec toutes ses faiblesses. La loi ne règle pas un idéal mais en réalité. Elle ne demande pas aux hommes les sentiments des héros et des saints. C'est trop demander que de réclamer du médecin, de tout le corps médical, « cette âme d'apôtre » ou cette « insensibilité totale ». Tout le code répond avec nous : « non ».

Un minimum de conscience comme le dit le second médecin, certes. Pas de faute lourde, pas de grande négligence, oui. Mais le malade qui va vers le médecin ne doit pas chercher en lui cette âme d'apôtre. Il va vers un autre homme à qui il demande des soins honnêtes et cou-

(10) Docteur Pierre Mauriac. *Aux confins de la médecine*. Bernard Grasset, 1926, septième édition, p. 220.

rants. Au dehors et en surplus de cette limite, il court librement un risque. Et il ne peut selon nous se plaindre en disant : « vous avez violé le contrat que nous avons passé » parce que dans le domaine humain, il a rencontré un homme ni pire ni meilleur que le commun des mortels.

« Science médicale » dit le Procureur Général Matter. Faudra-t-il parler de la contingente relativité de cette notion ? N'est-ce pas Montaigne qui connaissant par douloureuse expérience la science médicale disait cette parole immortelle : « C'est une bonne drogue que la science, mais nulle drogue n'est assez forte pour se préserver sans altération et corruption, selon le vice du vase qui l'estuye ».

Sur le terrain humain qui, en définitive sert d'appui à M. Matter, tout est relativité : Conscience, Science, « Que sais-je » répondrait Montaigne.

Pour nous, ce vague ne nous suffit pas. Mais nous y trouvons argument en notre faveur. Tout ce qui est conscience ou science médicale relève de l'examen professionnel. Et tout ce qui relève de cet examen ne peut rentrer dans le contrat. La loi pénale jauge les consciences et juge leurs actions. Il est de l'intérêt et de l'ordre public que les particuliers ne puissent en traiter dans leurs conventions.

Mais le contrat entre médecin et malade qui répond à l'obligation des honoraires par une obligation de soins ne vous paraît pas équilibré ? « Venir, regarder, partir » dites-vous ? — Non ! « Soigner » c'est-à-dire : venir, consoler, alléger la souffrance, surveiller et contrôler l'évolution de la maladie, calmer, en se disant que si la science est souvent impuissante, elle permet parfois de barrer la route au mal, de permettre par l'optimisme de voir le moral agir sur le physique, n'est-ce pas toute la noble profession du médecin ? N'est-ce pas grand chose ? N'est-ce pas beaucoup que cette expérience du cœur et du corps humains mise par une présence, une parole, un soin à la

portée de l'homme qui souffre? Il faudrait n'avoir jamais été malade pour l'affirmer.

L'arrêt de la Cour d'Aix dit: «Or attendu que les relations juridiques d'un médecin et de son malade entrent dans le cadre du contrat de louage de services, le médecin s'engageant à donner des soins assidus, éclairés et prudents, le malade s'engageant à payer au médecin des honoraires».

Et plus loin «que tout manquement à ce devoir du médecin par négligence, maladresse, imprudence revêt le caractère d'une faute contractuelle, consistant dans la violation d'une obligation consentie».

Nous revenons par là même à la source du différent.

Soins assidus, c'est le contrat. Soins éclairés et prudents, c'est l'obligation de science et de conscience. C'est toute la formule du contrat médical tel qu'il est compris depuis de nombreuses années. Les deux autres termes rentrent dans la définition du Procureur Général Matter. Ils n'ont pu être entendus entre parties au moment de la formation du contrat car, comme nous l'avons déjà dit, c'est au médecin qui lui paraissait présenter les qualités que le malade s'est adressé.

Mais où l'arrêt d'Aix devient surprenant c'est lorsqu'il reprend les termes de l'art. 319 du Code Pénal «négligence, maladresse, imprudence» nous disons «surprenant» parce que cette conquête par le droit civil d'une portion si minime soit-elle du droit pénal nous semble froisser le principe de la division du droit en diverses branches, connexes certes mais ne devant pas empiéter l'une sur l'autre.

La suite des conclusions du Procureur Général Matter sera étudiée dans un chapitre suivant. Il s'agit en effet des conséquences juridiques du caractère contractuel de la responsabilité, conséquences que nous devons étudier dans notre dernier chapitre.

En concluant cette section nous constatons que tendant à forcer les cadres du contrat, M. Matter n'a pu nous satisfaire. Une définition imprécise ne tranche en rien la question.

En somme, il s'agit de savoir quelle conception donner à l'étendue du contrat médical. Pour nous, et afin qu'il ne puisse y avoir aucune équivoque, nous le répétons : le médecin s'engage à donner des soins normaux à son client. Passé cette limite, si les risques sont voulus par le client, ils sont à sa charge ; et si le médecin crée des risques il tombe sous le coup de la loi pénale et du grand principe de la responsabilité de notre Code. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui oblige celui par la faute duquel il s'est produit à le réparer ».

Si l'on se permet une explication autre de ce contrat, on risque, outre de ne plus être dans la réalité humaine, de créer une injustice plus grande par l'obligation que l'on fait à un homme de réaliser l'idéal. Et d'ailleurs, comment ne pas se laisser aller à glisser sur la pente rapide de l'absolu et dépasser un jour les forces morales ou physiques de l'homme. Un jour tout naturellement, vous demanderez au médecin d'inclure dans le contrat médical l'obligation de guérir. Ce jour-là, le déséquilibre entre les deux parties sera un fait accompli et indéniable.

Les conclusions de M. le Procureur Général Paul Matter ont très nettement influencé la décision de la Cour de Cassation.

Aussi l'étude de l'arrêt lui-même peut-elle nous apporter peu d'éléments nouveau de discussion. Nous désirons pourtant l'entamer car il s'agit répétons-le, d'une conception nouvelle qui peut être lourde de conséquences lorsqu'on n'ignore point, l'autorité de la Cour de Cassation sur les diverses juridictions françaises.

SECTION IV

ETUDE DE L'ARRET LUI-MEME

« La Cour,

Sur le moyen unique, — Attendu, que la dame Mercier atteinte d'une affection nasale s'adressa au docteur Jean Nicolas, radiologue, qui lui fit subir en 1925 un traitement par les rayons X à la suite duquel se déclara chez la malade une radiodermite des muqueuses de la face.

Que les époux Mercier estimant que cette nouvelle affection était imputable à une faute de l'opérateur, intentèrent contre celui-ci en 1929, soit plus de trois années après la fin du traitement une demande en dommages-intérêts pour une somme de 200.000 frs.

Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué, rendu par la Cour d'Appel d'Aix le 16 juillet 1931, d'avoir refusé d'appliquer la prescription triennale de l'art. 638 du Code d'Instruction criminelle à l'action civile intentée contre le docteur Nicolas par les époux Mercier en considérant que cette action tenait son origine, non du délit de blessure par imprudence prétendûment commis par le praticien mais du contrat antérieurement conclu entre celui-ci et ses clients et qui imposait au médecin l'obligation de donner « des soins assidus, éclairés et prudents » alors que, d'après le pourvoi ledit contrat ne saurait comporter une assurance contre tout accident involontairement causé et que, dès lors, la responsabilité du médecin est fondée sur une faute délictuelle tombant sous l'application des art. 319 et 320 du code pénal, et justifiant en conséquence l'application de la prescription triennale instituée par ces textes.

Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade de ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen de pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science;

Que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle; que l'action civile qui réalise une telle responsabilité ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'art. 638 du Code d'Instruction criminelle.

Attendu que c'est donc à bon droit que la Cour d'Appel a pu déclarer inapplicable en l'espèce la dite prescription triennale et qu'en décidant comme elle l'a fait, loin de violer les textes visés au moyen, elle en a réalisé une juste et exacte application.

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs rejette...

Du 20 mai 1936, Chambre Civile, MM. Pean président. Fosserand rapporteur, Paul Matter procureur général, Morrillot et Le Sueur avocats (1).

Si nous avons tenu à rapporter en son entier l'arrêt de la Cour de Cassation c'est que, ainsi que nous l'avons déjà dit, il nous semble être suffisamment important pour nécessiter cet *in extenso*.

C'est en raison de cette même importance que nous allons dès lors nous efforcer de disséquer les motifs du

(1) Civ. 20 mai 1936. Dalloz mensuel, 1936, sixième et septième cahiers, p. 90. Gaz. Pal., 1936-2-41.

rejet, dans un double esprit de critique juridique et d'intérêt social.

Portons d'abord notre regard sur le contrat médical :

« Attendu, dit la Cour de Cassation, qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat... »

Et sur ce point, nous ne pouvons qu'être d'accord avec la Cour. C'est, avons-nous vu, une question qui aujourd'hui n'est plus discutée.

« ... (contrat) comportant pour le praticien l'engagement, sinon évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; »

Arrêtons-nous sur cette conception de l'obligation du médecin.

Il en ressort :

1° que le médecin ne doit pas donner des soins quelconques.

2° qu'il doit donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science.

Nous avons déjà dit ailleurs que, à notre avis, la conscience est un élément personnel, qui, lorsqu'elle s'applique au médecin, forme l'essence même de sa profession. Le malade va au médecin dont la renommée proclame la conscience professionnelle. Le choix du malade indique bien que cet élément n'a pu rentrer en ligne de compte dans ce contrat avec le médecin. Par le fait même de son choix, c'est qu'il existe pour le malade contractant.

Et d'ailleurs, comment apprécier la conscience du médecin. Est-ce le négatif de la négligence, de l'imprudence, de la maladresse ? Mais alors, nous sommes dans les termes des art. 319 et 320 du code pénal !

Ou bien est-ce le synonyme de soins exceptionnels, de la plus grande adresse, que la prudence ou l'adresse ordinaire, et c'est alors faire au médecin un sort plus sévère qu'à un « bon père de famille » à la mesure de qui sont faites les lois. Et c'est considérer le médecin, qui est homme autant que savant, comme un être exceptionnel, alors qu'il se trouve assimilé pour le paiement de ses honoraires, aux marchands qui réclament des marchandises vendues à des non marchands (loi du 26 février 1911) et voit son action éteinte par une inaction de plus de deux ans, tout comme eux.

Si le médecin est tenu à davantage que le bon père de famille, que son malade soit tenu aussi à davantage. Ou bien, on risque de brimer inutilement la corporation qui a donné et donne sans cesse l'exemple du plus beau dévouement humain.

Si nous examinons avec le même soin, le qualificatif « attentifs », qui suit dans l'arrêt et qui complète celui de « consciencieux », on aboutit aux mêmes considérations.

Ou bien il s'agit de blessures causées par imprudence et dont est auteur un médecin, ou bien, il s'agit d'une sévérité plus grande réclamée au médecin et le déséquilibre est vérifié.

Lorsque nous examinons ainsi les termes de l'arrêt de cassation, nous ne nous défendons pas d'une critique de forme. Mais nous recherchons aussi l'idée maîtresse, le motif. Hélas ! nous avouons que dans la décision de la Cour suprême, rien ne nous permet de trouver la base d'un nouvel édifice juridique.

« Le médecin ne doit pas donner des soins quelconques. »

Et pourquoi donc ?

Par ces soins quelconques, n'entendons-nous pas les soins normaux que donne un médecin à un malade, mais qui n'engagent pas celui-ci hors du domaine de la pru-

dence normale, de la science courante, de la conscience professionnelle qui doit toujours être présumée exister.

Voilà, nous semble-t-il, bien du mal pour expliquer et justifier une décision d'espèce.

Certes, il y aurait quelque injustice à écarter des victimes aussi intéressants que les époux Mercier, mais si l'admission de leur action doit apporter un trouble plus grand, qu'elle soit rejetée.

La loi est faite pour le plus grand nombre. Que dans tel cas particulier elle s'avère dure à la victime, c'est un fait, mais est-ce un motif suffisant pour bouleverser un équilibre de droit, pour troubler la sérénité juridique?

Les tribunaux apprécient et interprètent en tentant, dans chaque cas, de faire cadrer le fait et le droit, tels les interprètes de la Bible, constructeurs du Talmud. Mais que leur esprit d'équité ne leur fasse pas perdre de vue l'intérêt général, en l'espèce, la vie de tout le corps médical.

Quelles sont les « circonstances exceptionnelles » derrière lesquelles se retranche l'arrêt, prévoyant sans doute le cas où le principe qu'il pose de la responsabilité uniquement contractuelle du médecin sera inapplicable? Cette réserve s'applique-t-elle à l'obligation d'agir conformément « aux données acquises par de la science »?

La Cour, en effet, aggrave les conclusions du Procureur général d'une obligation de conformisme : mais il importait de préciser le sens des soins « éclairés » dont parle M. Matter.

Or, s'il est possible aux tribunaux d'apprécier le dévouement et jusqu'à un moindre degré, la prudence du médecin, il leur est impossible d'apprécier sa compétence.

Dans cette matière, il est nécessaire de recourir au principe d'« autorité ». Sans doute : il n'est pas question de rétablir par voix de jurisprudence ces « règles » que les

ements s'arrogaient jadis le droit d'établir et dont Lièvre et Boileau se sont moqués autant et plus que de médecine.

C'est pourquoi la Cour parle seulement des « données prises de la science » et non pas de « principe ». Mais il ne semble pas que cette obligation se limite à une condamnation de l'expérience coupable d'un traitement donné sur le malade. Ceci aboutit nécessairement à l'établissement de règles, non pas, certes, par le tribunal, mais par la Faculté.

Il reste à savoir si ces règles sont souhaitables et nous ne le croyons pas, si même elles sont possibles, car une science expérimentale comme la médecine, plus que toute autre, ne connaît pas de principes, mais seulement des cas particuliers. « Il ne saurait exister de maladies indépendamment des malades », disait le Professeur Grasset, de la Faculté de Médecine de Montpellier.

Il est à craindre, alors, qu'en l'absence de règles que la Faculté de Médecine ne formulera jamais, les tribunaux suppléent à cette carence, et c'est alors remettre l'appréciation de la responsabilité médicale à leur pur arbitre.

Mais, poursuivons la dissection (si le mot n'est pas trop fort) et nous nous le permettons, puisque nous sommes en matière médicale), de l'arrêt que nous étudions: « que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une obligation de même nature également contractuelle ».

Et en cela, nous ne pouvons que suivre la Cour dans son raisonnement, attendu, mais en insistant sur le point que l'obligation contractuelle a été éludée dans les motifs, quant à sa portée exacte, quant à son étendue, ce qui, pourtant, constitue, pour nous, le nœud de la question.

Ainsi, nous en venons à la subtilité qui permet de faire

passer insensiblement le champ de la responsabilité délictuelle sur le plan plus étendu de la responsabilité contractuelle.

« Que l'action civile qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans une convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle. »

En somme, la solution donnée par la Cour de Cassation s'obtient en trois temps :

1° La conception de la responsabilité médicale est élargie aux frontières extrêmes du délit de blessure par imprudence.

Le plan contractuel ainsi délimité,

2° La violation d'une obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité également contractuelle.

3° Cette obligation ayant sa source dans le contrat, elle échappe aux règles de la responsabilité délictuelle.

Pour nous, et pour si rigoureux dans sa logique qu'il paraisse ce raisonnement, il nous semble fragile, parce qu'il est spécieux. Le syllogisme est logique, mais un de ses éléments est inexact, d'où le syllogisme entier s'écroule.

La théorie de l'unité de faute a, en effet, définitivement prévalu. Il n'y a aucune différence entre la faute civile (1382 C. civ.) et la faute pénale (319 C. pén.). La faute pénale, comme la faute délictuelle purement civile, peut être très légère.

Le médecin est responsable pénalement de toutes les fautes. Mais le contrat médical n'englobe, lui, que les fautes lourdes, extra-professionnelles. Une obligation de prudence et de conscience ne peut être que délictuelle. Si on donne comme base d'une responsabilité contractuelle, c'est la déformer en la dénaturant ou en la minimiser. Or, justement, la faute qu'à pu commettre le docteur

blas, est une faute contre cette obligation de prudence et de conscience, et nullement une faute contractuelle.

La Cour de Cassation a jugé, impressionnée à coup sûr par l'espèce. Il semble nécessaire pour l'avenir du contrat médical, qu'elle ne suive pas cette jurisprudence qu'elle a créée. Mais, il n'en reste pas moins vrai que son exemple pourrait être fâcheux si la généralisation de cette jurisprudence se produisait dans les tribunaux. Nous ne le souhaitons pas.

Nous regrettons ici l'élargissement des obligations auxquelles se trouvent soumis les médecins, car nous ne voulions oublier, sans vouloir le moins du monde mêler sentiment à l'acier du droit, que cette corporation est une des bases de toute la confiance humaine, elle qui, chaque jour, se penche sur la douloureuse humanité, sans découragement, sans tapage, et lui donne son dévouement.

Avec l'annotateur, nous faisons remarquer, en terminant cette étude, que l'arrêt laisse en suspens plusieurs questions intéressantes.

En premier lieu, le médecin qui soigne un malade, s'engage-t-il, sur le terrain contractuel, à lui donner « des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données actuelles de la science » ?

Tout contrat suppose un accord de volonté. Nous avons vu que le consentement du médecin était indispensable à la formation du contrat aussi bien que le consentement du malade. Si ce concours des volontés peut être présumé quand il ne s'est pas manifesté d'une manière explicite, il ne saurait être imposé.

Nous avons vu, dans notre première partie, que dans certains cas, la situation réciproque du médecin et du malade était en dehors du contrat médical : lorsque le malade est bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, ou lorsque le médecin joue le rôle d'un gérant d'affaire.

Il en est de même encore lorsque le médecin agit en exécution de l'art. 23 de la loi du 30 novembre 1892, donnant ses soins pour « déférer aux réquisitions de justice ».

Peut-on assimiler ces cas à celui du malade qui demande au médecin, lequel accepte, de le soigner, circonstances qui sont génératrices d'un contrat. Même si nous admettions alors une responsabilité uniquement contractuelle, nous ne saurions l'admettre pour ces situations en dehors d'un contrat médical.

« Que dans les circonstances de fait à l'occasion desquelles l'arrêt rapporté est intervenu — à la demande d'une malade, un médecin avait accepté de la soigner — se soit formé un contrat obligeant le praticien à donner des soins « consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science », soit. Mais, si les soins sont donnés spontanément ou obligatoirement, en est-il de même? Nous voulons dire: la responsabilité qui, évidemment, pourra être encourue par le médecin négligeant, sera-t-elle alors une responsabilité contractuelle, ou ne doit-elle pas plutôt, alors, rentrer dans le cadre de la responsabilité délictuelle? » (2).

Pour nous, nous estimons qu'elle ne peut être que délictuelle, puisque, étant en dehors du contrat, elle ne peut s'appuyer sur lui.

C'est donc là un cas particulier dans lequel la responsabilité uniquement contractuelle qu'aurait voulue la Cour de Cassation ne peut s'appliquer.

L'arrêt a encore laissé dans l'ombre un autre point important: celui de la nature du contrat.

Certes, pour prendre parti sur la question de prescription qui lui était soumise, la Cour de Cassation n'avait

(2) Note E. P. Dalloz mensuel 1936, sixième et septième cahiers, p. 88.

s à se prononcer sur la nature du contrat intervenu entre ce médecin et son client. Du moment que l'on se place sur le terrain contractuel, la durée de la prescription est la même, quelle que soit la nature du contrat. Il suffisait à la Cour de constater l'existence du contrat et le manquement aux obligations qu'il imposait. Dès lors, conformément à une jurisprudence constante, l'action en responsabilité du client contre le médecin était soumise à **prescription trentenaire**.

La Cour d'Aix, à qui cependant on ne le demandait pas, a cependant qualifié le contrat médical de louage de **services**.

Le Procureur général Matter marque sa préférence pour la thèse du contrat innommé. Il semble que la principale difficulté qu'il éprouve à faire rentrer ce contrat médical dans un cadre connu, résulte de la nature particulière des obligations qui incombent au médecin. Il remarque que le **médecin ne s'engage pas à guérir le malade**.

Nous avons dit plus haut ce que nous pensions de cette solution. L'arrêt d'ailleurs, n'a pas pris parti, mais en d'autres circonstances, il faudra bien le faire, au point de vue de la compétence, par exemple, ou de la résolution du **contrat**.

Nous en avons fini avec cette analyse de l'arrêt. Étudions maintenant les conséquences qui vont en découler **sur le corps médical**.

CHAPITRE III

Recherche des conséquences du caractère exclusivement contractuel reconnu à la responsabilité médicale.

Les magistrats de la Cour de Cassation qui ont rendu l'arrêt que nous venons d'étudier ont dû se rappeler le vieux principe de La Fontaine :

«... Mais les ouvrages les plus courts
Sont toujours les meilleurs. En cela j'ai pour guide
Tous les maîtres de l'art et tiens qu'il faut laisser

Dans les plus beaux sujets, quelque chose à penser. »

Le sujet est beau, certes, mais ce n'est pas « quelque chose », c'est « tout » qui nous reste à penser.

La Cour de Cassation a posé un principe. A nous d'en tirer les conséquences. Mais elles sont innombrables et regardent toutes les branches du droit civil. Nous n'étudions ici que les plus importantes, celles où il y a vraiment quelque chose à penser.

Pour chacune, nous examinerons d'abord les différences qu'il y a à relever entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Nous nous demanderons ensuite si ce déplacement dans le fondement juridique de la responsabilité médicale est au détriment ou à l'avantage des médecins.

SECTION I

PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

Nous nous contenterons ici d'un simple rappel des règles générales. La question de la prescription, étant justement le point litigieux dans l'affaire portée devant la Cour de cassation, la question a été traitée déjà au cours de cette étude.

En matière contractuelle, la prescription varie avec le contrat. En dehors de toute disposition spéciale, elle est de trente ans — art. 2262 — mais les contractants sont libres de spécifier une prescription plus courte.

En matière délictuelle, en vertu toujours de l'art. 2262, la prescription est aussi de trente ans, sauf cependant certaines exceptions, par exemple, l'art. 436 du Code de commerce. Mais ici, la durée de la prescription ne peut être réduite par la volonté des parties. D'ailleurs, le plus souvent, elles ne se connaissent pas avant le fait dommageable.

Mais la différence essentielle entre la durée de la prescription contractuelle et celle de la prescription délictuelle réside dans les art. 637, 638 et 640 du Code d'Instruction criminelle.

Lorsque l'action civile se double d'une action pénale, il s'agit d'une action en responsabilité civile contrac-

tuelle, la prescription de l'action publique n'a aucune influence sur l'action civile. S'il s'agit, au contraire, d'une action en responsabilité civile délictuelle, la prescription de l'action civile se confond avec la prescription de l'action pénale dont les délais sont de trois, dix ou un an.

Faire de la responsabilité médicale, une responsabilité contractuelle, au lieu d'une responsabilité délictuelle, c'est donc faire passer les délais de prescription de l'action civile, de trois ans à trente ans. En effet, ce fait reprochable au médecin constitue ordinairement, en même temps qu'un délit civil, le délit pénal des art. 319 et 320 du Code pénal.

Nous n'avons pas à parler ici de cette contre-partie aux obligations du médecin : les honoraires que lui doit le client, leur recouvrement, leur prescription. Cela ne rentre pas dans le cadre de notre étude.

Nous faisons seulement remarquer à nouveau que l'action du médecin contre son client est éteinte par la prescription de deux ans en vertu de l'art. 2272 du Code civil. Il en est de même, évidemment, pour toutes les courtes prescriptions édictées en matière contractuelle au profit d'une partie, non de l'autre, par les art. 2271 et suivants du Code civil.

Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour en accabler les médecins. Leur fonction est tout de même plus intéressante et leur responsabilité plus lourde que celles des huissiers, maîtres de pension, domestiques, qui se louent à l'année, marchands, avec qui ils partagent le triste privilège de voir des actions en paiement prescrites par deux ans.

La Cour de Cassation, décidément hostile aux médecins,

vient de rappeler le principe du point de départ des honoraires médicaux (1).

« Les honoraires dus à un médecin pour une série de consultations données ou de visites faites d'une façon suivie au cours d'un seul et même traitement, peuvent, selon les circonstances, être considérés comme faisant l'objet d'une créance unique à régler à la fin du traitement. Il est permis, dès lors, de fixer le point de départ de la prescription au moment où le traitement a pris fin.

» On ne saurait décider de même quand le malade, atteint d'une affection de longue durée, mais coupée par des périodes de rémission, n'a eu recours aux services du médecin qu'à des intervalles tels que les soins donnés constituaient en réalité des traitements distincts.

» En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, pour rejeter l'exception de prescription, se fonde sur l'identité de nature de l'affection, pour laquelle le malade a été soigné, au cours des cinq années qui ont précédé son décès, sans rechercher ni préciser si, durant cette longue période, il y a eu un traitement ininterrompu de la maladie, ou au contraire, une série de traitements partiels séparés par des intervalles plus ou moins longs. »

Cet arrêt de la Chambre civile du 20 octobre 1936, venant après celui du 20 mai 1936, aggrave singulièrement la responsabilité médicale. Susceptible d'être poursuivi pendant trente ans, le médecin ne peut, lui, poursuivre son client que pendant deux ans. Et ce point de départ de cette courte prescription est tel que, parfois, le médecin est forcé, alors que la prescription de trente ans qui court contre lui, n'a pas encore commencé. Cela semble excessif.

(1) Cour de Cassation, Chambre civile, 20 octobre 1936. *Gaz. Pal.*, 30 novembre 1936. *Carnet médical français*, déc. 1936. *Index médical*, février 1937.

Outre ce déséquilibre évident, une longue prescription contre les médecins et les chirurgiens est, d'ailleurs, pleine d'inconvénients. Elle risque de paralyser la technique médicale et d'entraver les plus heureuses initiatives.

La durée de sa responsabilité fera peut-être hésiter un médecin attentif qui voudrait remplir sa noble mission de sauvetage avec conscience. Ce passage de la responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle risque de nuire à l'exercice par les chirurgiens consciencieux de leur profession accomplie avec soin.

M. Matter objecte qu'une prescription de trente ans correspond, pour ces malades, à une nécessité. Les conséquences regrettables de certains traitements médicaux, dit-il, mettent, souvent, dans la thérapeutique moderne, beaucoup de temps à se manifester. Un délai de trois ans nous semble tout de même suffisant, la preuve de la faute et sa relation avec le dommage étant trop difficile à prouver si on attend plus longtemps dans une matière aussi dynamique que le corps humain.

Cette responsabilité de trente ans a d'ailleurs soulevé un véritable tollé dans les milieux médicaux. Citons entre autres et pour conclure, un article du docteur Henry Thiel, dans la *Quinzaine Médicale* (2) :

« Attention ! Il y a du nouveau dans notre statut juridique. Nous savions bien que nous étions responsables de nos faits et gestes médicaux en cas de préjudice causé par faute grave. Nous vivions sur la notion d'un dommage délictuel. Eh bien, non, ce n'est pas ça ! Nos relations avec nos clients sont celles d'un contrat. Vous vivez encore sur la notion d'une durée éphémère des prescriptions légales, en particulier celle de vos honoraires qui est de deux ans. Vous savez sans doute que la prescription délictuelle est

(2) Henry Thiel. *La responsabilité contractuelle des médecins*. *Quinzaine médicale* de janvier 1937.

de trois ans, et vous croyez encore qu'après trois ans, il ne peut être question de poursuites rétrospectives.

» Erreur aujourd'hui. Réveillez-vous. Vous êtes liés à votre client par un contrat. La prescription contractuelle est de trente ans, et elle s'applique aux relations malades-médecins.

» Et puisque contrat il y a, qu'il est d'ordre matériel, de l'ordre pitoyable de l'argent, attendons-nous à des cupidités tardives, à l'intrusion d'agents d'affaires véreux, à des chantages. Ça va mal.

» Et même quand nous serons morts, avec la mélancolie du glissement de notre sacerdoce vers le désenchantement des soucis matériels — ce n'est qu'un cas particulier de l'évolution de notre temps — alors, quand nous serons morts, nos héritiers auront-ils donc à liquider quelque mauvais compte que nous n'aurons plus la possibilité de discuter, dont nous n'aurons pas la possibilité de nous disculper ? Décidément, je ne prendrai au cimetière, qu'une concession de moins de trente ans. Je serai fichu d'être délogé par un huissier, saisi même, si je ne laisse que cela après moi. »

SECTION II

RÈGLES DE COMPÉTENCE

Aucune différence entre les deux responsabilités en ce qui concerne la compétence *rationna materiae*. En principe, une juridiction de droit commun est compétente pour statuer sur une action en responsabilité, quelle que soit la nature de cette responsabilité.

Il n'en est pas de même pour la compétence *rationa loci*.

En vertu de la vieille règle «*actor sequitur forum rei*», qui règle la question de compétence en matière personnelle, le client non content, devait toujours assigner son médecin devant le tribunal de son domicile et ce, qu'il s'agisse de responsabilité délictuelle ou contractuelle. Ce vieil adage jouait donc ici en faveur du médecin comme il joue en faveur de tous les défendeurs, le déplacement étant toujours à la charge des demandeurs.

Mais la loi du 6 avril 1932 (3) est venue modifier l'art. 59 du Code de Procédure civile. Désormais, toute contestation relative à un louage d'ouvrage ou d'industrie peut être portée devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée. Et ce lieu, sera ordinairement le domicile du client demandeur, le contrat étant conclu et exécuté au chevet même du malade.

Cette loi de 1932 avait pourtant, dans l'intention de ses rédacteurs, était faite dans l'intérêt des hôteliers, fournisseurs, propriétaires ou médecins des stations thermales ou villes d'eaux. Lorsqu'en fin de saison, ils n'étaient pas rentrés dans leurs notes, loyers ou honoraires, le législateur leur permettait de poursuivre leurs clients, répandus désormais à travers la France, non plus devant le tribunal de leur domicile propre, mais devant celui du lieu de passation ou d'exécution du contrat, c'est-à-dire celui de la ville où eux, demandeurs, demeurent.

Cette loi, certes, présente un intérêt pour le médecin qui, soignant un malade de passage ou en villégiature, peut ainsi, aisément, poursuivre ses honoraires.

Mais les rédacteurs de la loi de 1932 n'en ont peut-être pas vu toutes les conséquences. Si l'on admet une responsabilité uniquement contractuelle, les contestations relatives au contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, qui

(3- Loi du 6 avril 1932. D. P. 1932-4-225.

est formé entre malade et médecin, comprennent aussi des actions en responsabilité que le malade pourra intenter contre son médecin.

Si le nombre des actions en responsabilité se développe encore et prend l'importance, par exemple, des actions en matière de responsabilité automobile, un médecin qui a soigné des malades en différents endroits, pourra se voir obligé de défendre à plusieurs actions devant des tribunaux différents. Cela semble bien excessif, et selon l'expression populaire, « le jeu n'en vaut pas la chandelle » : en face d'un petit avantage dans le recouvrement de ses honoraires dont souvent le médecin ne se servira même pas, lui impose l'obligation d'avoir à défendre sa responsabilité et sa réputation devant les tribunaux peut-être éloignés de son domicile.

Remarquons toutefois que la solution serait la même si on avait maintenu à la responsabilité son caractère délictuel. En effet, la loi du 26 novembre 1923 donne compétence en matière de responsabilité délictuelle, au tribunal du lieu où s'est produit l'acte illicite. Ce lieu sera habituellement le chevet du malade, c'est-à-dire que le tribunal où sera porté l'affaire sera peut-être encore distant du domicile du docteur.

En matière de compétence, la substitution de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle n'a pas produit de grands changements dans la responsabilité des médecins : ce n'est plus la loi de 1923 qui joue, c'est la loi de 1932 ; mais le résultat n'est pas modifié.

SECTION III

CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITÉ

Elles sont prohibées, en matière de responsabilité délictuelle, par la jurisprudence : celle-ci estime, en effet, que la responsabilité édictée par les art. 1382 et suivants est d'ordre public. Résultant de la volonté impérative de la loi, la responsabilité délictuelle est au-dessus de la volonté des parties.

Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'une responsabilité contractuelle. On peut introduire dans les contrats des clauses de non-garantie. C'est ainsi que, dans un bail, le bailleur peut stipuler que le locataire ne répondra pas de l'incendie qui peut se déclarer dans les locaux loués (4).

La jurisprudence admet, en matière contractuelle, la clause d'exonération des fautes personnelles légères. Mais elle ne lui reconnaît qu'un effet limité. Elle ne crée pas une exonération absolue, mais renverse seulement la charge de la preuve. Par contre, la jurisprudence n'a jamais admis la clause d'exonération du fait des préposés du débiteur.

Cependant, quelques textes de lois s'opposent à la validité de pareilles conventions d'irresponsabilité dans certaines hypothèses et notamment en matière commerciale, en ce qui concerne les transports de marchandises (loi du 17 mars 1905, dite loi Rabier, complétant l'art. 103 du Code de Commerce) et la navigation aérienne (loi du 31 mai 1928, art. 42).

En droit maritime, la clause de négligence par laquelle l'armateur stipule qu'il ne répond pas des fautes du capitaine ou de son personnel a longtemps été considéré comme

(4) Req. 28 janvier 1869. D. P. 1869-1-483.

table, même pour les fautes lourdes et intentionnelles capitaine. A la suite de la conférence de La Haye, de 1921, la convention de Bruxelles, en 1925, est intervenue pour mettre un terme à ces clauses d'irresponsabilité, en tant qu'elles s'appliquaient aux fautes commerciales: c'est cette tendance dont en France, s'est fait l'écho la loi du 2 avril 1936 qui, dans son art. 4, stipule que « le transporteur par mer est garant de toute perte, avarie ou dommages subis par les marchandises » et dans son art. 9, toutes clauses d'exonération de responsabilité et de renversement de la preuve sont interdites ».

Quid en matière médicale? Ici, aucune loi n'est intervenue pour interdire au médecin de s'exonérer de ses fautes. Il pourrait donc le faire, puisque, désormais, elles sont contractuelles.

Une remarque préalable s'impose. Le malade peut autoriser son médecin, dans un but de guérison, soit à faire une opération dangereuse, soit à employer des moyens dangereux. Nous savons même que les tribunaux font au médecin un devoir strict d'obtenir cette autorisation préalable.

Mais, il y a une différence essentielle et facile à saisir entre ce consentement et une clause de non-garantie absolue.

Par le premier, le malade s'engage seulement à ne pas reprocher à son médecin les conséquences dommageables d'un traitement indispensable ou seulement utile. Entre deux maux, il faut choisir le moindre.

Une clause de non-garantie au contraire, exonère le praticien de toutes ses imprudences, de toutes ses audaces, même non motivées par le désir d'améliorer l'état du patient.

Que penser de la validité et de la moralité de ces conventions d'irresponsabilité que pourraient demander les médecins à chacun de leurs clients?

MM. Mazeaud (6) estiment que les clauses de non-responsabilité contractuelles sont sans effets pour les fautes lourdes ou dolosives, et pour les fautes légères qui portent dommage à la personne comme c'est le cas en matière médicale, « qu'il s'agisse d'atteinte corporelle, de préjudice moral, d'atteinte aux droits intimement liés à la personne, par exemple d'atteintes à l'honneur. La personne n'est pas dans le commerce. Nul n'en peut librement disposer. Un contractant ne peut pas impunément disposer de la vie de son co-contractant. Il ne saurait donc stipuler son irresponsabilité du cas de dommage à la personne. L'ordre public s'y oppose. Le consentement même de la future victime ne peut aller là contre. Sans doute, la clause d'irresponsabilité si elle était valable, ne s'appliquerait-elle pas au dol ou à la faute lourde et n'autoriserait-elle pas alors son bénéficiaire à causer volontairement des blessures. Mais il faut plus. En pareille hypothèse, l'intérêt général exige qu'une très grande prudence soit observée: la clause d'irresponsabilité permettrait à son bénéficiaire toutes les négligences, la liberté des conventions ne saurait aller jusque-là. La clause reste sans effet.

» Aussi, refusons-nous un effet quelconque à la convention par laquelle un malade déchargerait de toute responsabilité son médecin ou son chirurgien, alors même que le traitement serait entrepris à la demande expresse du client. »

D'autres auteurs, au contraire, n'entrent pas dans toutes ces considérations et admettent la validité des clauses d'irresponsabilité en matière médicale (7).

6) Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, Paris, 1931, n° 2529.

(7) Demogue. *Traité des obligations en général*. Paris, 1923-1925, tome IV, n° 1198.

Lalou H. *La responsabilité civile*, deuxième édition, 1932, n° 231.

jurisprudence n'a pas eu encore, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur la validité de ces conventions. Mais elle a donné son avis dans d'autres hypothèses de dommages corporels causés à la personne. Elle a toujours considéré les clauses tendant à faire tomber la responsabilité comme frappées d'une nullité absolue. C'est ainsi qu'elle a déclaré que de pareilles stipulations conclues entre boxeurs, joueurs de football, de rugby, duellistes, chauffeurs, ainsi qu'avec leurs ouvriers, automobilistes avec les personnes qu'ils transportent gratuitement ou non, ne pourraient être en aucun cas appliquées.

Une convention d'irresponsabilité passée par un médecin avec un de ses clients sera donc probablement annulée par la jurisprudence.

En plus, elle se conçoit mal en pratique. On voit peu le médecin affichant semblable convention dans son cabinet et demandant à son client de la signer avant de lui donner les premiers soins. Aucun médecin digne de ce nom ne voudra s'abaisser à pareille chose, et d'ailleurs, les malades eux-mêmes perdraient confiance en un médecin qui adopterait d'un tel procédé.

Les promoteurs de la responsabilité contractuelle des médecins ont pu croire que ce déplacement permettrait au médecin de s'exonérer de leurs fautes. Il n'en est rien, puisque la jurisprudence, dans sa ligne générale, ne reconnaît pas les conventions au sujet de fautes portant préjudice à la personne.

En outre, même si elle les validait, les médecins ne pourraient pour rien au monde préciser leur contrat par la signature d'une décharge de responsabilité ultérieure, avant toute consultation ou toute intervention.

Sur ce point, l'arrêt de Cassation du 20 mai 1936, n'a pas changé la situation du corps médical : lui accorde-t-il une prérogative, qu'il ne voudrait pas en user.

SECTION IV

QUANTUM DES DOMMAGES

L'étendue de la réparation est différente suivant qu'il s'agit d'une responsabilité contractuelle ou d'une responsabilité délictuelle.

Le débiteur contractuel n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on aurait pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par dol que l'obligation n'est pas exécutée (art. 1.150). Les dommages-intérêts doivent comprendre que « ce qui est une suite directe de l'inexécution de la convention » (art. 1.151).

Cette double limitation au préjudice prévisible et direct n'existe pas en matière délictuelle. Celui qui a commis une faute délictuelle doit donc réparation intégrale du dommage subi.

La responsabilité contractuelle joue donc ici plutôt en faveur des médecins. Mais, en réalité, il ne faut pas oublier le pouvoir très large d'appréciation que se reconnaissent les tribunaux. En matière délictuelle, ils ne tiennent d'ailleurs presque jamais compte des dommages indirects.

La différence entre les deux ordres de responsabilité est donc grandement atténuée quant au quantum des dommages, réduite même pratiquement à rien. Les tribunaux pourront toujours déclarer que la mort était prévisible au moment de la passation du contrat, et en déclarer le médecin responsable, même si elle intervient fortuitement au cours du traitement.

SECTION V

CHARGE DE LA PREUVE

ous avons gardé pour la fin, l'étude de cette conséquence de la responsabilité contractuelle des médecins, car elle qui peut devenir la plus dangereuse pour eux, est la double épée de Damoclès suspendue sur leurs têtes.

Selon notre méthode de travail, rappelons d'abord les règles générales en la matière. On sait que la faute contractuelle se présume : le créancier n'a pas à prouver la faute, mais qu'à démontrer l'existence de liens contractuels. C'est au débiteur assigné en dommages-intérêts à démontrer l'absence de cause étrangère à lui non imputable » (art. 1147), c'est-à-dire le cas de force majeure, la faute du créancier ou le fait d'un tiers.

Au contraire, la faute délictuelle génératrice d'un préjudice doit, en principe, être démontrée par le demandeur. C'est à la personne qui se prétend victime, à prouver le lien de causalité qu'elle a subi, la faute de son adversaire, et la relation de cause à effet entre cette faute et le dommage. Sinon, elle ne pourra prétendre à aucune réparation. Remarquons que dans les deux cas, qu'il s'agisse de responsabilité délictuelle ou de responsabilité contractuelle, on tient compte de la fameuse maxime : « *Actori incumbit probatio* ». Une seule chose change ; c'est la chose à prouver.

Lorsqu'il y a délit, le demandeur aura à prouver la faute qui a causé ce dommage. Lorsqu'il y a contrat, le demandeur doit seulement prouver l'existence du contrat et le fait même de son inexécution.

La faute contractuelle consiste dans ce fait de la part

d'un débiteur de n'avoir pas exécuté l'obligation à laquelle il était astreint par le contrat le liant à son créancier » (8).

Ce sont là les règles unanimement admises. C'est pourquoi nous nous étonnons de trouver une opinion différente dans les conclusions de M. Matter. Pour le Procureur général, en matière contractuelle, « c'est le créancier qui doit établir la faute du débiteur ». Il estime qu'il n'y a pas, en matière de responsabilité médicale, de présomption de responsabilité comme en matière de transport, parce qu'il n'y a pas ici dette de sécurité. Pour lui, c'est le client qui doit prouver la faute du médecin. Sur ce point donc, pour M. Matter, la responsabilité contractuelle se rapproche, se confond même avec la responsabilité délictuelle, selon sa propre expression.

Nous faisons remarquer ici et encore, le peu de logique du Procureur général. Il s'était refusé précédemment, arguant qu'en matière contractuelle on doit refuser l'application de toute règle délictuelle, à admettre une prescription de trois ans au lieu d'une prescription de trente ans, ainsi que le proposait le docteur Nicolas. Et ici, en matière de preuve, M. Matter propose d'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle. Il y a là une contradiction que nous ne pouvons ni comprendre, ni admettre. Pourquoi ne pas vouloir faire d'exception sur un point et en proposer une sur un autre?

Les véritables principes, en matière de preuve, ont été rappelés par un des arrêts qui admettait déjà la responsabilité contractuelle des médecins :

« Il suffit, pour engager la responsabilité du médecin que le malade prouve, conformément aux dispositions de l'art. 1315 du Code civil, que le praticien dont il prétend avoir à se plaindre, s'est engagé à le soigner. D'autre

(8) Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français*, septième édition, Paris 1921, tome II, n° 192.

art, pour s'exonérer de cette responsabilité, il appartient au médecin, conformément aux dispositions de l'art. 147, du Code civil, de prouver l'exécution de cette obligation » (9).

Certes, le malade prouvera aisément le contrat qui est intervenu entre lui et le praticien. Il n'est que rarement passé d'écrit, mais ce contrat résulte du fait que le praticien s'est rendu de nombreuses fois au chevet du malade qu'en fin de traitement, il a accepté des honoraires. Le fait de l'inexécution du contrat sera aussi aisé à prouver. Il suffira que le malade fasse la preuve que le traitement lui a causé un dommage, même si le dommage est minime côté du bénéfice qu'il a pu en retirer. Le malade n'a pas à rapporter la preuve d'une faute du médecin. Cette faute est présumée parce qu'il a prouvé l'existence d'un contrat et son inexécution, ce qui est chose facile.

MM. Josserand et Matter ont soutenu, il est vrai, que ce serait au malade à démontrer d'une manière précise, l'absence de faute du médecin, arguant que l'obligation du médecin, n'est qu'une obligation de moyen, non de résultats. Telle n'est pas notre opinion. Les tribunaux glisseront bientôt dans la voie facile d'une faute présumée, ne demandant aucune preuve aux malades, renversant les positions.

Le médecin, devant cette présomption qui pèse sur lui, devra prouver, pour s'exonérer, qu'il n'a pas commis de faute, preuve difficile, pour ainsi dire impossible à produire, comme celle de tout fait négatif. Comment prouver, au cours du traitement, il a commis seulement des actes irréprochables se succédant de si près qu'ils n'ont pu laisser la place à un acte répréhensible. Cela apparaît à tout le monde comme matériellement impossible.

Le médecin, devant cette impossibilité de se disculper

(9) Trib. civ. de Belfort, 19 déc. 1934. Gaz. Pal., 1935-1-915.

d'une faute qu'on présume, sera donc condamné automatiquement, chaque fois qu'un client mécontent portera l'affaire devant les tribunaux. Et il est à prévoir que, devant cette nouvelle facilité ouverte pour eux, les malades, sûrs de gagner à tout coup, ne se priveront jamais d'intenter contre leur médecin, une action en responsabilité dès que le traitement n'aura pas entraîné toutes les conséquences souhaitées, ou que la note d'honoraires sera estimée trop lourde à payer.

Quant aux médecins, brimés dans leur activité, ils n'oseront plus agir ni tenter quoique ce soit. Et leur inaction, peut-être leur abstention totale, retombera en définitive sur le malade.

Citons le docteur Henry Thiel, dans un article précité :

« N'allons-nous pas, par voie de conséquences, être responsables de l'insuccès de nos traitements, avec imputation de responsabilité d'aggravation avec le temps? D'un fait positif, ne va-t-on pas passer aux faits négatifs? En tout cas, cela nous oblige à y penser.

» Allons-nous être obligés de préciser tous nos contrats par la signature d'une décharge de responsabilité ultérieure, avant la moindre consultation ou la moindre intervention. Certes, nous connaissons ce papier à l'hôpital, où l'autorisation de la famille est demandée en cas d'intervention chirurgicale. Serons-nous amenés à nous couvrir de l'autorité d'un consultant, pour des cas où nous avons jusqu'ici le courage de nous engager, de courir le risque de savoir nous compromettre, comme on dit couramment.

» Consultation? On nous accuse assez de dichotomie. Abstention? La nouvelle responsabilité n'est pas loin de naître. Scrupule? Ah oui, et le scrupule est plus proche de l'abstention que de l'action. »

Le médecin responsable de son action et bientôt de son inaction n'osera bientôt plus soigner que les malades qu'il

et sûr de guérir, ceux pour lesquels justement, son intervention est inutile.

Ou bien alors, il s'assurera contre ses fautes professionnelles. Cette assurance de la responsabilité médicale tend d'ailleurs de plus en plus à se répandre. Elle présente un intérêt pécuniaire pour le médecin qui, moyennant une cotisation pour ce moment minime (150 francs par an pour un million de garantie par sinistre), est déchargé de toute conséquence fâcheuse pour son patrimoine. Elle n'en est pas moins dangereuse pour le malade.

Le médecin assuré peut ne plus apporter toute la diligence voulue dans le traitement. Son irresponsabilité pécuniaire peut lui faire oublier cette responsabilité morale qui était une garantie précieuse pour les malades.

On tend peu à peu vers une commercialisation absolue de la profession qui ne sera ni à l'avantage des médecins, ni à celui des malades.

Conclusion

Il peut être prématuré de conclure dès maintenant sur le revirement de la jurisprudence. Les conséquences, ayons-nous vu, en sont très lourdes, pour les médecins. Nous appuyons cette énonciation, sur l'avis même d'un des prometteurs de l'arrêt, M. Josserand, qui, antérieurement, écrivait :

« On s'est posé la question de savoir si la responsabilité d'un médecin ou d'un chirurgien vis-à-vis de ses clients n'était pas, elle aussi, d'origine contractuelle; ce qui améliorerait sensiblement, au point de vue juridique, la situation du client, et empirerait d'autant celle du praticien. » (1).

Pourquoi avoir voulu ainsi créer un déséquilibre entre deux parties pourtant aussi dignes l'une que l'autre, d'intérêt? La Cour de Cassation maintiendra-t-elle son opinion? Les cours et tribunaux l'adopteront-elle? Nous ne le savons.

Nous avons eu sous les yeux divers arrêts ou jugements postérieurs à l'arrêt de la Chambre civile du 10 mai 1936. Plusieurs, cités au cours de cet ouvrage, statuent sur des questions de consentement, de laparatomie exploratrice

(1) Josserand. *Cours de droit civil positif français*, deuxième édition, tome II, p. 237, n° 486.

ou de prescription des honoraires, et ne prennent pas parti sur le point qui nous intéresse.

Un jugement récent du Tribunal de Bergerac, du 24 février 1937 (2) applique la thèse de la Cour de Cassation, arguant surtout de l'obligation de conformisme qu'elle a créée et rejetant toute application de l'art. 1384.

« Attendu que le demandeur a engagé son instance tout à la fois sur le fondement de l'art. 1382 du Code civil et sur le fondement de l'art. 1364.

» Que le demandeur précise, en effet, dans son assignation, « que le docteur Serret a commis une faute certaine, » et que même en l'absence de toute faute, le docteur » Serret serait tenu de réparer le dommage causé par » l'agent physique extérieur par lui employé »,

» Attendu en droit que le demandeur doit être, d'ores et déjà, déclaré mal fondé dans sa demande dans la mesure où celle-ci est fondée sur les dispositions de l'article 1384. Qu'en effet, le premier paragraphe du dit article ne peut pas recevoir application en matière de responsabilité médicale, alors en effet que la victime du dommage, a sollicité et accepté le traitement, c'est-à-dire, a participé à l'usage de la chose dangereuse qui a causé le dommage.

» Attendu qu'il existe, par ailleurs, entre les partis, des rapports contractuels, le radiologue ayant contracté envers son client, moyennant rémunération, l'obligation d'assurer des soins conformes aux règles de la profession qu'il exerce, les dites règles devant, du point de vue strictement professionnels, s'interpréter en contemplation des données actuelles de la science médicale. »

Ce jugement vient corroborer ce que nous énoncions à la fin de notre première partie. C'est l'impossibilité d'appliquer ici la responsabilité de l'art. 1384 du fait « de

(2) Tribunal de Bergerac, 24 février 1937. *Index médical* d'avril 1937.

l'agent physique extérieur » qui a aiguillé la jurisprudence favorable au malade vers une responsabilité contractuelle.

Et nous faisons remarquer que les demandeurs, comme les époux Mercier, devant le Tribunal de Marseille, poursuivent leur docteur sur le terrain de la responsabilité délictuelle. C'est le tribunal qui, d'autorité, transpose la question sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

C'est, avons-nous vu, une tendance générale de la jurisprudence et de la doctrine que de faire appel à la responsabilité contractuelle quand, voulant faciliter à la victime l'obtention d'une réparation, elle ne peut pas ou ne veut pas faire jouer l'art. 1384.

Mais, il n'en a pas toujours été ainsi et la théorie de l'unité de responsabilité a été préconisée par différents juristes qui estiment que toute responsabilité est nécessairement d'ordre délictuel. Les deux responsabilités auraient une source commune, car le contrat n'est qu'une loi spéciale, tandis que la loi n'est qu'un contrat d'une portée exceptionnellement étendue. La responsabilité délictuelle résulte de l'inexécution du « contrat social », de même que la responsabilité contractuelle résulte de l'infraction à la loi conventionnellement établie par les parties.

Il n'y a donc pas de différences essentielles entre les deux ordres de responsabilité. L'élément qui la met en jeu est toujours le même. C'est un délit invariablement, car, ne pas exécuter un contrat, manquer à la parole donnée, c'est commettre un acte illicite, c'est « *delinquere in contractu* ».

L'action que le créancier exerce à cette occasion a sa source non dans le contrat lui-même — l'obligation primitive meurt faute d'objet (article 1302) — mais dans son inexécution, c'est-à-dire dans un délit (3).

(3) Grandmoulin. *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*. Thèse Rennes, 1892.

Nous ne prendrons pas personnellement parti entre ces deux opinions, l'une tendant à la généralisation de la responsabilité délictuelle, l'autre à celle de la responsabilité contractuelle, mais nous nous contenterons de constater le triomphe de cette dernière.

Nous avons vu, dans notre dernier chapitre, les conséquences juridiques qu'elle entraînerait en matière médicale. Il en est d'autres non moins importantes.

La responsabilité contractuelle nous oblige à considérer la médecine comme une science, alors qu'elle est encore un art. Même à l'heure actuelle, on ne peut résoudre tous les problèmes médicaux au moyen de quelques réactions chimiques ou biologiques, comme on résout une opération d'arithmétique, un problème d'algèbre ou une expérience de chimie.

Écoutons le langage ironique de Pasteur Valléry-Radot (4) :

« L'application des méthodes de laboratoire au diagnostic des malades a pris une telle extension, la médecine a acquis, dans certains cas, une telle certitude, grâce aux investigations biologiques, que bien souvent, on se demande qu'elle peut être l'utilité d'un examen clinique approfondi. N'est-il pas superflu, puisque ce sont les épreuves de laboratoire qui trancheront le diagnostic et dicteront le traitement ?

» L'ère de la clinique est périmée. Inspection, auscultation du malade, étude attentive des symptômes, tout cela était bon il y a cinquante ans. Aujourd'hui, une préparation, sous le microscope ou le dosage d'une substance chimique dans le sang, voilà ce qui est nécessaire et suffisant.

» Quelle erreur ! »

(3) Pasteur Valléry-Radot. Clinique et laboratoire. *Revue des Deux-Mondes*, 15 février 1937.

Oui, quelle erreur. Pasteur Valléry-Radot a raison et il sera approuvé par tous les vrais cliniciens. Son bon sens et sa franchise n'ont d'égal que ceux de son aïeul, le grand Pasteur qui, savant de laboratoire, alliait toujours le laboratoire à la clinique dans chacune de ses découvertes.

Certes, si la médecine était uniquement une opération clinique, on pourrait, toutes les conséquences qui en découlent étant prévisibles, faire rentrer la responsabilité dans les cadres d'un contrat. Mais, comment faire de même pour cette sûreté de diagnostic, cette rapidité dans l'intervention qui restent, malgré le progrès de la science, le propre du bon médecin ou du bon chirurgien ? C'est impossible.

Cette responsabilité contractuelle, déjà si lourde pour le médecin, se superposera à sa responsabilité morale, « cette responsabilité morale qui suit le médecin dans tous ses pas, qui le tient toujours en éveil, qui agite toujours sa conscience, qui fait de sa vie, un dévouement perpétuel à ses malades, qui trouble son sommeil, le suit dans ses fêtes, l'isole au milieu des siens ; cette responsabilité qui le prend élève au sortir de l'école, et le suit dans toute sa carrière » (5).

Ce n'est pas dans les liens du contrat que le médecin devrait être tenu. Il devrait bénéficier d'un « mandat illimité » comme le demandait le docteur Double, dans un rapport fait à l'Académie de Médecine de Paris.

Nous trouvons, dans l'étude du secret professionnel, un autre argument contre la responsabilité contractuelle des médecins.

C'est un fait certain au point de vue juridique que le médecin a le droit d'autoriser son médecin à violer le secret professionnel. Le médecin qui parle avec l'autorisation du

(5) Docteur Costes. *Discours sur la responsabilité médicale.* Leçon inaugurale, Paris 1851.

client, ne tombe pas sous le coup de la loi. Mais les médecins considèrent comme un devoir moral de ne pas profiter de cette autorisation.

M^e de Moro-Giafferi, l'éminent avocat à la Cour d'Appel de Paris, écrit, dans un ouvrage récent, sur le Secret professionnel médical (6) :

« Le client peut-il relever du secret professionnel? En justice, le médecin n'est plus libre. Autorisez une fois le client à vous délier? Demain, son adversaire le mettra au défi, son refus sera un aveu. Que penserait-on du vôtre? Un secret professionnel dont on peut être dispensé n'existe plus. »

Or, s'il y a contrat régissant tous les rapports malade-médecin, le médecin autorisé par le client, n'aura point de raison à vouloir garder le secret *erga omnes*.

Or, un secret qui n'est que relatif n'en est plus un. Il disparaît alors qu'il a été créé dans l'intérêt des malades. Les médecins, d'ailleurs, n'useront jamais de ce droit que leur co-contractant peut leur donner. L'intégrité du secret professionnel est à la base des institutions médicales.

Le serment d'Hippocrate que prête tout étudiant au jour de sa thèse: «*Aegrorum arcana visa, audita, intellecta nemo eliminat*», reste la charte de la médecine.

C'est lorsqu'il prête ce serment que le médecin contracte cette obligation de bien soigner, cet engagement de science et de conscience. Il reçoit, en échange, le droit d'exercer sa profession.

C'est ce que constatait le pourvoi en Cassation lorsqu'il déclarait que les obligations du médecin présentait un caractère professionnel. Le fait que ces obligations soient

(6) M. de Moro-Giafferi. *Le secret professionnel médical*. Edition Roger Dacosta, Paris, 1932.

générales et professionnelles, ne suffit pas pour nier la possibilité d'un contrat par lequel les parties entendent s'y soumettre. Et, certes, nous ne nions pas l'existence du contrat médical.

Mais, ce qu'il est important de noter, c'est que, d'après la terminologie même de M. Matter, cet engagement professionnel ne crée pas, sur la question qui nous occupe, d'obligations spéciales pour le médecin. Il constate seulement, sous une forme solennelle, une obligation générale à laquelle tout homme est soumis et le médecin en particulier.

La violation de cette obligation, comme M. Matter le constate expressément, est sanctionnée par les art. 319 et 320 du Code pénal. Il n'est pas vrai, que le contrat soit antérieur au délit. L'obligation légale est bien antérieure à l'obligation contractuelle et le contrat ne fait qu'appliquer, au cas particulier des parties en présence, cette obligation légale. C'est ici le renversement de la formule de l'art. 1134. La convention ne tient pas lieu de loi entre les parties. C'est la loi qui devient une convention entre les parties.

Si donc, on veut faire entrer dans le contrat médical, la fourniture de soins assidus, éclairés et prudents, comme d'autre part on doit admettre que tout manquement à ce devoir, par négligence, maladresse ou imprudence, constitue bien un délit pénal, on arrive nécessairement à cette conclusion que le médecin s'engage contractuellement à ne pas commettre un délit.

Or, quelle pourrait être la valeur d'un tel contrat? Elle serait nécessairement nulle. Serait-il licite et moral que le médecin puisse exiger des honoraires en échange d'un tel engagement, et se faire payer pour ne pas commettre

un délit? Cette obligation de science et de conscience ne peut être une obligation contractuelle.

C'est à cause de cette dernière conséquence et de toutes celles précédemment étudiées que nous n'admettons pas la solution de l'arrêt de la Chambre civile, du 10 mai 1936, et demandons, purement et simplement, le retour aux solutions antérieures.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édition, Paris (1897-1922), tomes IV et VI.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Traité théorique et pratique de Droit civil, tome XXIV. Sirey, 1909.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit civil français, 8^e édition, Paris, 1935, tome II.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général. Paris, 1923-25, tomes III, IV, V.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. Paris, 1882, tome 31.
- JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif français, 2^e édition, tome II.
- LALOU (H.). — La responsabilité civile, 2^e édition, 1932.
- LAURENT. — Principes de Droit civil français, Bruxelles, 1878, tome XX.
- MAZEAUD (H. et L.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, 2^e édit., 1931.
- MAZEAUD (H.). — Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1923.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil, t. II, 11^e édition, 1931.
- PLANIOL, RIPERT et ESMEIN. — Traité pratique de Droit civil français. Paris, 1930, tome VI: Les obligations.
- POTHIER. — Traité du mandat.
- SALEILLES. — Etudes sur la théorie générale des obligations, 2^e édition, Paris, 1901.
- OURDAT. — Traité général de la responsabilité, 5^e édition, Paris, 1902.
- PROPLONG. — De l'échange et du louage. Tome III.

OUVRAGES SPECIAUX

- ABEL (Bernard). — La responsabilité civile des médecins. Thèse de Droit, Nancy, 1936.
- APPLETON et SALAMA. — Le droit médical. Librairie du Monde médical. Paris, 1931.
- BROUARDEL. — La responsabilité médicale. Baillière, Paris, 1899.
- BRUN. — Rapports et domaine des responsabilités contractuelles et délictuelles. Thèse de Droit, Lyon, 1931.
- CAMERMAN-MATEI. — La responsabilité civile du médecin. Thèse de Droit, Paris, 1932.
- CIBRIE (Docteur P.). — L'ordre des médecins. Préface de M^e de Moro-Giafferi. Edit. Roger Dacosta. Paris 1935.
- DONNADIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE. — La responsabilité médicale. Rapport du XVI^e Congrès de Médecine légale de langue française. *Annales de Médecine légale*, mai 1931.
- FÉNIÉ. — De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique. Thèse de Droit, Toulouse, 1930.
- FERRES (Fernand). — Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins. Thèse de Droit Strasbourg, 1934.
- GRANDMOULIN. — Du caractère délictuel de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles. Thèse, Rennes, 1892.
- GRAVEN (André). — Les médecins et le Droit civil. Thèse, Grenoble, 1925.
- GUERRIER et ROTUREAU. — Manuel pratique de jurisprudence médicale, Paris, 1890.
- HAY. — De la responsabilité civile des médecins. Thèse de médecine, Paris, 1925.
- HUGUENEY. — La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine. *Annales de Médecine légale* de 1928.
- MAURIAC (Docteur P.). — Aux confins de la médecine. Librairie Bernard Grasset, 7^e édition, 1926.
- MAZEN. — Essai sur la responsabilité civile des médecins. Thèse de Droit, Grenoble, 1934.
- MORO-GIAFFERI. — Le secret professionnel médical. Edition Roger Dacosta, Paris, 1932.

- NÈGRE. — La responsabilité civile dans la pratique de la médecine. Thèse de Droit, Aix, 1935.
- PERREAU. — Éléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins, Paris 1908.
- PEYTEL. — La responsabilité médicale, Paris, 1933.
- POMMEROL. — La responsabilité médicale devant les tribunaux, Lille, 1931.
- RENDU (A.). — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne. Thèse de Droit, Paris, 1909.
- THIEL (Docteur Henry). — La responsabilité contractuelle des médecins. *La Quinzaine médicale*, janvier 1937.

REVUES ET JOURNAUX

- Annales de Médecine légale.*
- Archives du Droit médical.*
- Carnet médical français.*
- Concours médical.*
- Index médical.*
- Paris-Médical.*
- Le Progrès médical.*
- Quinzaine médicale.*
- Revue critique de Législation et de Jurisprudence.*
- Revue des Deux-Mondes.*
- Revue trimestrielle de Droit civil.*

- DENISSE. — Notes. D. 1919-2-73; D. 1920-1-30.
- DUPIN. — Réquisitoire. S. 1835-1-401.
- FALCIMAIGNE. — Note. D. 1927-1-93.
- GLASSON. — Note. D. 1890-2-281.
- HUGUENEY. — Note. S. 1915-1-123.
- JOSSERAND. — Note. D. 1927-1-105.
- Rapport. Dalloz mensuel. 6^e et 7^e cahiers, 1936, p. 91.
- LALOU. — Note. D. 1914-2-73.

MATTER. — Conclusions. Dalloz mensuel, 6^e et 7^e cahiers 1936, page 93.

MÉRINGHAC. — Note. D. 1907-2-42.

NAST. — Note. D. 1932-2-5.

PERREAU. — Notes. S. 1901-1-401; S. 1909-2-225; S. 1918-2-97;
S. 1914-2-153; S. 1926-2-73.

Montpellier, le 11 Mai 1937

Vu : Le Président de la Thèse

E. BECQUÉ

Montpellier, le 12 Mai 1937

Vu : le Doyen de la Faculté de Droit

G. MORIN

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le 12 Mai 1937

Le Recteur,

TAILLIART

1871
 1872
 1873
 1874
 1875
 1876
 1877
 1878
 1879
 1880
 1881
 1882
 1883
 1884
 1885
 1886
 1887
 1888
 1889
 1890
 1891
 1892
 1893
 1894
 1895
 1896
 1897
 1898
 1899
 1900

